

《論 説》

卑属結合と学識法

——16世紀ラインフランケンにおける立法と助言実務——（4・完）

藤 田 貴 宏

VIII

フランクフルト再改定都市法が制定された数年後、卑属結合がいち早く慣行化していたインゲルハイム等のラインガウ対岸地域を含めラインフランケンの中核部分を占めていたプファルツ選帝侯領においても、選帝侯ルートヴィヒ6世（在位1576-83年）の下でラント法典が公布される。この「プファルツ選帝侯領ラント法Churfürstlicher Pfaltz Landtrecht」（1582年）は、「下級裁判所手続及び規則Der Undergericht Proceß und Ordnung」、「宮廷裁判所規則Hoffgerichts Ordnung」、「改定された婚姻及び婚姻裁判所の規則Verneuwerte Ehe unnd Ehegerichts Ordnung」を一括して収録した第1部「司法Iudicialia」、第2部「種々の契約及び取引についてVon Conträcten und Handthierungen」、第3部「遺言及び終意処分についてVon Testamenten und letzten Willen」、第4部「無遺言相続についてVon Erbschafften ohne Testament」から構成され、この内、第2部の第25章「卑属一括合意と呼ばれる卑属結合についてVon Eynkindtschafften / genannt pacta unionis prolium」¹⁾に、フランクフルト再改定都市法とは対照的に簡潔な全8条から成る立法例をみることができる²⁾。プファルツ選帝侯領ラント法第1部に含まれ

1) 第25章全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(3)」（獨協法学第112号）参照。

2) プファルツ選帝侯領ラント法は、1606年、次代フリードリヒ4世（在位1583-1610年）

の下、第5部刑事法を追加し、「オーバーバイエルンにおけるプファルツ選帝侯領ラント法Churfürstlicher Pfaltz Fürstenthumbs in Obern Bayern Landrecht」との表題で、ドナウ川を挟んでバイエルン公領の北に広がる飛び地領オーバープファルツOberpfalz(総督府所在地はアムベルクAmberg)を対象に公布され、更に、1611年には、次々代フリードリヒ5世(在位1610-23年。1614年までプファルツ＝ツヴァイブリュッケン＝フェルデンツPfalz-Zweibrücken-Veldenz公ヨーハン2世が後見人)が、本拠地ラインフランケンのプファルツでも、全5部を一括、条文を一部整理統合した上、「ラインプファルツ選帝侯領の新たに改定されたラント法Churfürstlicher Pfaltz bey Rhein / erneuert und verbessertes Landrecht」との表題で公布した(卑属結合に関する第2部第25章[351-354.]は、内容や文言に変更はないが、前文の後に、第1条から第7条までの通し番号が付され、適宜改行が加えられている)。同時期のラインフランケンの立法例としては、「ナッサウ＝カッツェンエルンボーゲン伯領の裁判所並びにラント規則Nassaw Catzenelnbogische Gerichts und Landordnung」

(1616年)の「ラント規則Landordnung」第2部「婚姻事項についてVon den Ehesachen」第4章「夫婦財産特約についてVon Ehegedingen」の第4条として、「最後に、夫婦財産契約に際しては、時としてまた、余等の臣民等の間で卑属結合が為され締結されているが、規則に全く従わずに行われ、それ故にまた、多くの争いを生じさせているので、余等はそのような卑属結合を今後許容せず、ここに廃止撤廃させるものとし、卑属結合の締結を望む者がある場合には、余等にまずその旨申し立て、適正さがその際顧慮され、その後、余等の予めの認可を得た上で、余等の尚書局においてのみ卑属結合は締結され書面化されるものとする。Letztlich / ob wol auch zun zeiten bey den Heurathsabreden / die Einkindschaften under Unsern Underthanen seind gemacht und uffgerichtet worden/ jedoch aber und dieweil gantz ohnformlich darmit ist umbgangen / auch allerhand streit hierdurch ist erzeugt worden / so wollen Wir dieselbige ins künfftig gantz nicht gestatten / sondern hiermit allerdings cassirt und abgeschafft haben: oder aber / da jemand seyn würde / der eine Einkindschaft uffzuruchten begeren würde / sol ein solches zuvorderst an Uns gelangt / und / damit hierbey die gebür mög in acht genommen werden / dieselbe alsdann / uff vorgehende Unsere verwilligung / nirgend anders / dann für Unsern Catntzleyen allein / uffgerichtet und beschriben werden.」

(Landordnung, 77.引用は1616年ヘルボルン刊のテキストによる)、との簡潔な規定が存する。序文には、立法者として、オットー系ナッサウ家のディレンブルクDillenburg伯ヨーハン6世(オラニエ＝ナッサウOranien-Nassau侯ヴィルヘルム[ウィ

る三つの規則の内、「宮廷裁判所規則」と「改定された婚姻及び婚姻裁判所の規則」は既存の法令の再録であり³⁾、立法の重点は、遅ればせながら整備され

レムWillem]の弟、在位1559-1606年)の子等、すなわち、ディレンブルク伯ヴィルヘルム・ルートヴィヒ、ジーゲンSiegen伯ヨーハン、バイルシュタインBeilstein伯ゲオルク、ディーツDietz伯エルンスト・カジミール、ハーダマーHadamar伯ヨーハン・ルートヴィヒの「ナッサウ、カッツェンエルンボーゲン、ヴィアンデン、及び、ディーツの諸伯、及び、バイルシュタインその他の領主である兄弟全5名alle fünf gebrüdere / Graven zu Naßaw / Catzenelnbogen / Vianden und Dietz / und Herren zu Beilstein.u.」の名がみえる。カッツェンエルンボーゲンKatzenelnbogen伯領承継をめぐるヘッセン方伯との争いは16世紀半ばにはナッサウ家に不利に決着していたが(Ⅱ注60参照)、その後もナッサウ＝ディレンブルク伯は「カッツェンエルンボーゲン伯」を名乗り続けていた。上記規定が、彼等の祖父にあたる先々代ディレンブルク伯ヴィルヘルム1世が約一世紀前にヴァルラム系ナッサウ家のイトシュタイン伯やザールブリュッケン伯と共に制定したナッサウ伯領裁判所規則の卑属結合合法(Ⅱ参照)と如何なる関係に立つかは定かではない。

- 3) 「宮廷裁判所規則」は、先代選帝侯フリードリヒ3世(在位1559-76年)の下で1573年に制定公布された宮廷裁判所規則HoveGerichts Ordnungをほぼそのまま収録したものであり、新たに下級裁判所規則が整備されたことで、既に16世紀前半に宮廷裁判所規則Hoffgerichts Ordnung(1521年)と下級裁判所規則(1534年)の双方を印刷公刊済みであったマインツ選帝侯領と肩を並べることになった。また、ルター派を導入(1557年)した先々代選帝侯オットハインリッヒOttheinrich(在位1556-59年：フリードリッヒ2世の甥でプファルツ＝ノイブルク公から転じる)を遠縁のジンメルン家(プファルツ系ヴィッテルスバッハ家の5代前ループレヒト3世[プファルツ系始祖ルドルフ1世の曾孫。選帝侯在位1398-1410年、ローマ＝ドイツ王在位1400-10年]の子等による領邦分割によって生じた分家筋)から継いだ先代フリードリヒ3世は、いわゆる聖餐論争を契機に改革派(カルヴァン主義)に舵を切り、ハイデルベルク教理問答Heidelberger Katechismusの出版と同年(1563年)に、オットハインリッヒの婚姻規則(1556年)に代えて新たな婚姻規則を制定公布した。ルートヴィヒ6世は、父に反してルター派を支持したが、その晩年に公布されたラント法第1部所収の「改定された婚姻及び婚姻裁判所の規則」には、未公刊であった婚姻裁判所規則(第1章から第5章)と共に、父フリードリヒ3世の制定した婚姻規則が取り込まれている(第6章から第13章)。

た「下級裁判所規則」に存すると言えよう。規定対象として、裁判手続に契約、遺言、無遺言相続が続く四部構成の編別は、表題も含めて、ヴェルテンベルク法(1555年新ラント法、1567年普通ラント法)と同じであり、特に契約及び遺言に関わる第2部と第3部については、その内容においても同法から多くを継承しているが、少なくとも卑属結合法については、ゾルムス法の影響が顕著である⁴⁾。

-
- 4) 直近のフランクフルト再改定都市法との関係では、ヨースト・アマンJost Ammann (1539-91年)による木版挿絵(装飾枠付きの縦長楕円画面、都市風景を後景、上空雲間にヘブライ文字で「ヤハウェ」と見え、前景中央に「正義IUSTICIA」が座し、右手の剣を「慈愛CHARITAS」が、左手の天秤を「賢慮PRUDENTIA」がそれぞれ正義の傍らに立って鎖でつなぎ留め、正義の面前右手に「平和PAX」、左手に「共同体(国家)RESPUBLICA」が座して握手を交わしており、枠下部にはアマンのイニシャル「IA」が記されている)が流用されている。アマンは1560年代から再改定都市法の版元であるジークムント・フォイアアーベントの工房に多くの木版画や銅版画を提供しており、これもその一枚にあたる(なお、Andresen, *Der deutsche Peintre-Graveur*, Bd.1 [1864], 219 [56]では、当木版画の利用例として、再改定都市出版の翌年1579年にフォイアアーベントにより編集再刊されたゲオルク・ラウターベックGeorg Lauterbeck[?-1578年]の『統治の書Regentenbuch』[初版は1556年ライプチヒ刊]のみ言及)。プファルツ選帝侯領ラント法を出版したヨーハン・シュピースJohann Spiess(?-1623年)は、ハイデルベルクに移る以前、フランクフルトのフォイアアーベントの下で印刷を請け負っており(例えばニコラウス・ロイスナーNikolaus Reusner[1545-1602年]の『絵解きオウィディウス詩文Picta poesis Ovidiana』[1580年]のコロフォンには「フランクフルト・アム・マインにてシギスムンドゥス・フェイエールアベンディウスの出資を得てヨアンネス・スピエスにより印刷Impressum Francoforti ad Moenum, per Iohannem Spies, impensis Sigismundi Feyerabendii.」とある)、手元に持参した上記挿絵の版本を流用したものと解される。ただし、再改定都市法(及び『統治の書』)に付されていたエピグラム(「見よ、聖なる法律の最も神聖なる擁護者を。まずは剣を構えて厳めしく、更に秤を掲げて重々しい。身に携えるこれらは神に委ねられた武器である。しかし右側に立つ慈愛(ストルゲーΣΤΟΡΓΗ)は酷薄な法律を正し、左側には巧みな賢慮が立ち塞がって、見事な仕方で各人に正しさを一つ一つ分け与える。故に、平和と共同体は微笑み右手を握り合いながら心も表情も神を賛美している。Aspice, sanctarum custos sanctissima Legum /

まず、編別的体系的には、ヴェルテンベルク法が第4部「無遺言相続について Von Erbschaften on Testament」の末尾で卑属結合について定めていたのに対して⁵⁾、プファルツ法では、契約の一類型として第2部で扱われている。「貸借 Leihen」という統一概念の下に一括された消費貸借 Mutuum、使用貸借 Commodatum、賃貸借 Locatio の列挙から始まる第2部の諸章の配列自体は、フライブルク法(第2部 Der ander Tractat)からヴェルテンベルク法やゾルムス法を経て受け継がれたものであるが、卑属結合を夫婦財産契約の延長線上で捉える点ではゾルムス法に酷似する。実際、卑属結合に関する第25章の直前に並んでいるのは、第22章「嫁資、婚姻財産、及び、その反対贈与について Von Ehesterwer / Heyratgut / und desselben Widerlag.」、第23章「婚姻財産は如何なる場合に変更可能か Wann Heyratgut möge verändert werden.」、第24章「嫁資の自由と特権について Von Freyheit und Privilegien der Ehesterwer」⁶⁾

Hinc est ense minax, inde balance gravis. Haec commissa gerit divinitus arma: Sed astans / A dextris STORGE ferrea iura regit. Et laevam solers claudit PRUDENTIA, pulchro / Singula distribuit quae pia cuique modo. Ergo suas latae PAX et RESPUBLICA dextras / Iungentes celebrant pectore et ore DEUM.」は、選帝侯領ラント法では立法者ルートヴィヒ6世を称えるもの(「見よ、正義を。それは鎖に縛られている。純真なる正義は秤という公正さを以て法を示す。こちらに見受けられるのは賢慮。怪物が手なずけられている。こちらには胸に愛しきものを押し付ける親。それらを国家が平和と手を取り合い統べている。盾は踏みつけられ、野獣は鎮撫される。それら抑止されたものを平静な心で追い払おうというならば、ルドウィクスの領国、プファルツの権威以外に相応しいものは見出されない。それは象牙のごとき血筋を担い、平和と不可侵の正義を鼓舞する。Aspice IUSTITIAM, quae circumcincta catenis / Candida decernit iura balance pijs. Cernitur hac domitis grandis PRUDENTIA monstis, / Hac premit ad pectus pignora CHARA parens. Quas iunctis digitis RESPUBLICA PACE gubernat, / Aegide suppressa compositisque feris. Haec si discutias animo submissa sereno, / Nil nisi LUDOVICI regna secunda notant. Sceptra PALATINAE qui gentis eburnea gestat, / Et PACEM invictam IUSTITIAMque fovet.」)に改変され差し替えられている。

5) IVの196頁以下参照。

6) Landtrechte, II, 35.r.-39.r.引用は1582年ハイデルベルク刊のテキストによる。

と何れも夫婦財産契約関連の規定である。しかも、ゾルムス法では夫婦財産契約と卑属結合の間に便宜的に挟み込まれていた婚姻障害や秘密婚禁止に関わる規定は、婚姻規則の一部として第1部に取り込まれており、その結果、夫婦財産契約の特殊類型としての卑属結合の性格はより明確となっている。その一方で、プファルツ法の三つの章にわたる詳細な夫婦財産契約法は専ら「嫁資 Heyratgut」と「反対贈与 Widerlag」に関わるもので、ゾルムス法やフランクフルト法とは異なり、「嫁資」や「反対贈与」の対象を超える財産の夫婦間相続を目的とした合意については言及されていない。その代わり、遺言等を扱う第3部の第6章「夫婦財産契約は終意処分の効力を有すること Daß Eheberedungen Krafft eines letzten Willens haben sollen.」第1文⁷⁾によれば、「夫婦とその親族あるいはその他名望ある人々の立会の下、婚礼の前若しくは後に、夫婦自身やその子等の相続や遺産について取決めが挿入された夫婦財産契約 Eheberedungen / darinn in bey seyn beyder Ehegemächt / und derselben Freundt / oder anderer Biderleut / vor oder nach der Hochzeit / jhrer selbst / und deren Kinder Succession und Verlaßthumbs halben / Verordnung beschicht」は、「夫婦の同意と意思の下に変更されあるいは破棄された mit beyder Eheleut wissen und willen geendert / oder abgethan weren」

- 7) 「夫婦財産契約に、夫婦とその親族あるいはその他名望ある人々の立会の下、婚礼の前若しくは後に、夫婦自身やその子等の相続や遺産について取決めが挿入された場合、当該夫婦財産契約は、上記第4章に定めた通りの限度と方式に従って作成されなかったとしても、別の遺言や終意処分としてその効力と効果を有するが、夫婦の同意と意思の下に変更され、あるいは、破棄された場合はこの限りではない。 Eheberedungen / darinn in bey seyn beyder Ehegemächt / und derselben Freundt / oder anderer Biderleut / vor oder nach der Hochzeit / jhrer selbst / und deren Kinder Succession und Verlaßthumbs halben / Verordnung beschicht / dieselben sollen / ob sie schon nicht auff Maß und Form / wie oben in dem vierdten Titul vermeldt / auffgericht / dennoch ihre Krafft und Wirckung / als andere Testament unnd letzte Willen / haben / Es were dann / daß sie mit beyder Eheleut wissen und willen geendert / oder abgethan weren.」(Landtrechte, III, 6.r.引用は1582年ハイドルベルク刊のテキストによる。)

場合を除いて、「遺言や終意処分としてその効力と効果を有する ihre Kraft und Wirkung / als andere Testament und letzte Willen / haben」とされる。ここでは、ゾルムス諸伯領ラント法やフランクフルト再改定都市法では依然維持されていたローマ「法Recht」由来の議論の構図が変容し、夫婦間相続合意の無効それ自体はもはや言及されず、当該合意の有効性が正面から容認されている。夫婦間で交わされる相続合意は、「皇帝法Keyserliche Recht」(「普通成文法gemein beschriebene Recht」)や当ラント法の定める遺言の「方式Form」⁸⁾に従わずとも遺言と同等の「効力Kraft」が付与されるのが原則であり、

-
- 8) 本条で参照が指示されている第3部第4章「遺言は如何に作成されるべきかWie Testament aufgerichtet werden sollen.」では、書面による通常の遺言方式として、「皇帝法Keyserliche Recht」(「普通成文法die gemein beschriebenen Rechte」)が用意する「特別な手續sondere Solenniteten」(「遺言者自身か、あるいは、誰か他人の手によって作成された書面を差し出し、全て成熟したローマ市民から集めた7名の証人に捺印及び署名をさせ、しかも、立ち会った証人等に対して、遺言者が、提示されたものが自らの遺言である旨言明し、証人等の面前で遺言の余白に自ら署名した場合で、当該行為と証人等の署名捺印が同一の日時に為される限りにおいて、遺言は有効となるproferre scripturam vel ipsius testoris, vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus omnibus simul offerre signandam, et subscribendam; dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixuerit quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere」C.6,23,21.pr.)の他に、「法に通じていない庶民のためにdem gemeinen Mann / so der Rechten unerfahren」(第1文)、市参事会乃至裁判所における陳述と登録(第2文:「そこでまず、遺言を望む者が要求されている証人等を伴わずに市参事会や裁判所に出向き、誰を死後に相続人とし、あるいは、誰に何を遺すのか自らの最終意思を、裁判所や市参事会の登録簿にその旨記載するとの明確な希望と共に、その場で言明表示する場合、それは有効確実な遺言と見なされるものとする。Und erstlich ist dieses für ein kräftig bestendig Testament zu halten / da einer / der zu testieren gewillet / ohne einige zu sich geforderte Zeugen vor Raht oder Gericht erschiene / daselbst seinen letzten Willen / wen er nach seinem Todt zum Erben haben / oder sonst

その例外的な失効原因として、後発遺言や、遺言撤回に対応する合意の変更と破棄が明示されたのである。

また、フランクフルト再改定都市法とは異なり、子の存在と存命が失効原因に挙がっていないのは、合意の対象がそもそも夫婦間の遺産承継に限定されておらず、「夫婦自身やその子等の相続や遺産についての取決め ihrer selbst / und deren Kinder Succession und Verlaßthumbs halben / Verordnung」が広く想定されているからであろう。夫婦間の遺産継承のみならず卑属相続もまた合意対象とされている以上、卑属結合もまたこの「夫婦自身やその子等の相続

etwas verlassen wöll / erklärt und angezeigt / mit außtrücklichem Begeren / solches in das Gerichts / oder darzu verordnete Rahtsbuch / auffzuzeichnen.」)、あるいは、作成済み遺言書の保管委託（第3文：「同様に、誰かが秘密裡に遺言を書き、あるいは、他の誰かに書かせ、それを自分自身で、もしくは、自ら委任した使者によって、自らの終意処分であるから死亡時までそれを保管の後に適切に開封すべしとの希望と共に、捺印済みの請願書を添えて裁判所や市参事会に寄託するならば、当該遺言書は、証人が作成時に立ち会わなかったとしても、有効となるべきものとする。ただし、その際には、あらゆる疑念や欺罔を防止するため、遺言者が許容し甘受し得る裁判所員2名乃至3名の立会の下、遺言を開封して遺言者に再度読み聞かせ、それが自身の最終の意思であり考えであるか審尋し、その後、再び遺言者によって捺印封緘され、上記の通り、保管されるよう注意を払うべきものとする。Deßgleichen ob jemand ein Testament daheimbt schriebe / oder durch jemand anders schreiben ließ / und dasselb durch sich selbst / oder seinen gevollmächtigten Anwaltd / mit seinem Pittschafft versigelt hinder Gericht oder Raht legt / mit Begere / weil es sein letzter Will / dasselb biß zu seinem Absterben verwahrlich zu halten / und alsdann gebürlich zu eröffnen / So soll solch Testament auch kräftig seyn / unangesehen daß kein ander Zeug darbey gewesen / Darunder aber diese Bescheidenheit zu halten / daß zu verhütung allerhand Verdachts unnd Betrugs / in beyseyn zwey oder dreyer Gerichts Personen / die er am besten gedulden und leiden mag / dem Testier solch sein Testament eröffnet / verstendiglichen widerumb fürgelesen / unnd ob diß sein endtlicher Will und Meinung sey / befragt / alsdann durch jne / Testiern widerumb besigelt und verschlossen in Verwahrung / wie vorgemeldet / hinderlegt werde.」）という証人不要の簡便な方式が用意されている（Landrechte, III, 3.v.-4.r.）。

や遺産についての取決め」の一例となる。その結果、プファルツ法では、卑属結合を相続合意無効の例外の例外（夫婦間の相続合意は子がない場合に例外的に有効だが、子があっても卑属結合自体の要件を満たせば更なる例外として有効）と捉える必要はなく、卑属結合もまた夫婦間の相続合意の一類型として遺言と同等の効力を保持し、再婚夫婦の遺言の自由とも、上記第3部第6章第1文に明示されているとおりに当然両立する。このように、夫婦財産契約として交わされる相続合意が相続原因として遺言と同視され、無遺言相続に優先するという点は、第4部の冒頭第1章「無遺言相続、すなわち、遺言無しに亡くなった者の相続についてDe successionibus ab intestato. Das ist / Von Erbschaften der jenigen / die ohne Testament Todts verfahren.」の第3文⁹⁾において、家系存続目的の親族間合意（例えば直系男子を欠く場合に直系女子ではなく傍系男子が相続する旨の合意）等を含め、より広く相続合意一般の準則として再度確認されている。夫婦財産契約として締結される相続合意の一類型という卑属結合の体系的位置は、相続合意は「遺言としてals Testament」有効との一般準則が明示されることで一層明確となった。

プファルツ選帝侯領ラント法第2部第25章の卑属結合法は、個々の卑属結合契約が方式の不備や子等の被る不利益故に事後的に争われ覆される事態の解消を企図した旨の立法趣旨（第1文）に続いて、他の多くの立法例と同様、方式、

9) 「ただし、当ラント法の前記第3部第6章に定められた婚姻特約、あるいは、ある家系の親族その他の間の合意乃至特約で、彼等の遺産が死後に如何に扱われるべきか様々な仕方では明白確実に定められている場合、そのような合意や特約に当ラント法で廃された古い慣行が含まれていない限り、特に疑念なくそこになお留まるべきものとする。Iedoch wo auch Heuradts Abrede / so wir in vorgehendem dritten Theil diß Landrechtens / im 6. Titul vermeldt / oder andere Pacta und Geding zwischen Freunden eines Geschlechts / oder anderen / vorhanden weren / In welchen Unterschiedlich / klar und außrücklich versehen / wie es mit jrer Verlassenschaft / nach dero Todtfall zu halten / solle es abermal ohne ferrer Nachdenckens darbey verbleiben / allein daß solche Beredung und Geding keine alte / und in diesem Landrechten auffgehabne Gebräuch in sich halten.」
 (Landrechte, IV, 2.v.引用は1582年ハイデルベルク刊のテキストによる。)

効力の順で規定を置いている。その中でまず注目されるのが、方式が一つの条文(第2文)に一括して定められている点である¹⁰⁾。夫婦が卑属結合契約を書面化した上で「然るべき当局あるいはその管轄地の裁判所die ordentlichen Obrigkeit / oder desselben Orts Gericht」に申告し、「当局Obrigkeit」乃至「裁判所Gericht」は、これを受けて、「前婚による子等の最近親者の幾人かerster Ehe Kinder nechster Blutsfreundt etliche」と「その後見人等deroselben Tutores」を召喚し、宣誓させ、「当該卑属結合が前婚の子等にとって有益なのか不利なのかob solche Eynkindtschafft der ersten Ehe Kindern nutz oder nachtheilig seyn möge」審尋し、有益であることが確認できれば、当該卑属結合を是認して、「裁判所登録簿Gerichtsbuch」に記載し、当事者の希望に応じて「公印付きの証明書ein besiegelten Schein」を交付する。このような手続の概要は、マインツ法以降のラインフランケン立法の潮流に沿うものであり、「当局」乃至「裁判所」の主導性を強調した職権主義的表現はトリーア法に近いと言える。ただし、締結助成者として召喚される最近親者や後見人等の人数は、ヴェルテンベルク法と同様、法定されておらず、証人数不足それ自体を理由に卑属結合が事後的に覆される余地はない。また、卑属結合の書面に記載されるべき財産の項目として、「前婚の子等が亡くなった親から既に承継した財産や遺産Güter und Verlassenschaft / so der ersten Ehe Kinder von ihren Verstobnen Eltern schon albereit ererbt」や「遺産先取分Vorauß」に加えて、「再婚夫婦が持参するもの、前婚中に取得したもの、その他双方が将来期待し得るもの等々was beyde neuwe Eheleuht einander in die Ehe zubringen / in voriger Ehe errungen unnd gewonnen / unnd sonst zu beyden Theilen künfftig noch zu gewarten haben / u.」が列挙明示されており、他の立法例に比べ、夫婦財産契約と卑属結合の一体性がより明瞭となっている。卑属結合の締結時期については、特に規定はないものの、「婚姻しようとする者に前婚による子がある場合wo die ein oder ander Person / so sich zusammen verheyraten wollen / auß voriger Ehe Kinder haben」に「当該夫婦が卑属結

10) Landrechte, II, 39.v.-40.r.

合を締結するsolche Ehegemächt Eynkindtschafftten mit einander auffrichten」こと、つまり、再婚前あるいは再婚時の締結が、従来の慣行として当然の前提とされているようである(第1文)¹¹⁾。その一方で、相続合意一般の締結時期については、「婚礼の前若しくは後にvor oder nach der Hochzeit」とあって(前述第3部第6章第1文)、必ずしも婚姻までの締結は求められておらず、互いの間に生まれた子等の相続に関しては、婚姻中でも遺言同等の相続合意を締結できることになる。しかし、夫婦の「前婚の子等voriger Ehe Kinder」の利害に関わる卑属結合は、死亡配偶者から子等に承継され得る財産の有無や額について確認可能な時点、つまり、存命配偶者の再婚時までに締結する必要がある。それ故また、仮に後発遺言があったとしても、「前婚の子等」の利益保護のため卑属結合時に予め約定された「遺産先取分」については、変更や破棄は許されないとの解釈も無理なく成り立つ。プファルツ法は、婚姻中の嫁資の設定も想定しており(第2部第22章第3文冒頭¹²⁾)、夫婦財産契約一般の締結時期について緩やかな立場を採っているが、その中にあっても卑属結合は特別な地位を維持しているものと解される。

卑属結合の効果については、表現内容共にゾルムス法に依拠した規定が目立つ。「遺産先取分」等の控除後の均等相続(第3文)、継父乃至継母に実親同等の相続権付与(第4文)、「父母と子等の遺産」に相続対象限定(第5文)、卑属結合後の財産承継の個別性維持(第6文)、結合された異父母兄弟姉妹間の傍系相続の否定(第7文)は、順に、ゾルムス諸伯領ラント法第2部第20章の

11) Landrechte, II, 39.v.

12) 「嫁資が婚姻前あるいはまた婚姻存続中に設定され引き渡された場合、当該嫁資はそれ以降何時でも増額乃至補充され得るが、そのような変更は審査を経て裁判所登録簿に記録されるか、文書によって証明されるものとする…。Wann dann die Ehesterwer vor der Ehelichen Verheyration / oder auch in stehender Ehe also auffgericht unnd geben worden / mögen dieselben allzeit hernacher von beyden Eheleuhten gemehret oder gebessert werden / doch daß solche vorgenommene Enderung abgehörter massen in die Gerichtsbücher eyngeschrieben / oder sonst durch briefliche Urkunden beschienen werden /[…].」(Landrechte, II, 36.r.)

第10文、第11文、第12文、第13文前段、第14文をほぼそのまま取り込んでいる。卑属結合を条件付き契約と位置づけ、その失効可能性について定める最終第8文では、ゾルムス法第16文後段の「夫婦の何れかが再婚に際して子等を連れておらず、その後も子をもうけることなく、もうけたとしてもその子等が既に亡くなっている einer oder der ander theyl / kein eheliche Kindere in die zweyete Ehe zubrechete / noch auch darinn ferner einige Kindere gewönne / oder dieselben Kindere verstürben」との一節¹³⁾が、「夫婦の何れかが再婚に際して子等を連れておらず、あるいは、夫婦双方が再婚中に子をもうけず、あるいはまた、連れもたらされた子等か、再婚において生まれた子等が全て亡くなっている der ein oder ander Theil keine eheliche Kinder in die zweyete Ehe zubrächete / oder aber beyde Eheleut in der andern Ehe keine Kinder erzeugten / oder auch endtwerder die zugebrachten / oder in der andern Ehe erzielte Kinder gar verstürben」と修正された¹⁴⁾。これにより、締結時に求められる要件（前婚の子等の存在）と、事後的失効をもたらす条件との区別、そして、子死亡という失効条件自体の明確化が企図されたようである。その一方で、ゾルムス法とプファルツ法との間には顕著な相違点も存する。既にみた通り、ゾルムス法や直近のフランクフルト再改定都市法の下では、継父乃至継母は、配偶者の前婚の子等を実親同等に相続する権利に加え、その特有財産上に、その子等の成年や婚姻まで、用益権を行使することができたが（ゾルムス法第13文後段、フランクフルト法第13条）¹⁵⁾、プファルツ法にはそのような規定は見当たらない。ゾルムス法を模倣しながら敢えて継父母の用益権を削ったプファルツ法の態度は、16世紀前半に尊属相続権の明文化に踏み切ったマインツとトリアー両選帝侯領の下級裁判所規則以上にはっきりしている。卑属結合締結後、前婚の子等が亡くなった実親に代襲してその家系から相続したり、親族等の遺贈や贈与により得たりする財産（「再婚中に子等の最近親者から子等に相続され、あるいは、遺言、贈与、その他何らかの権原あるいは原因によってもたら

13) GerichtsOrdnung und LandRecht, ci.v.-cii.r.

14) Landtrechte, II, 41.r.

15) GerichtsOrdnung und LandRecht, ci.r.-v.; Erneuerte Reformation, cxlix.v.-cl.r.

され帰属した全ての財産alle Güter / die in zweiter Ehe von deroselben
 nächstgesipten Freunden jhnen auff und anerstorbnen / oder sonsten durch
 Testament / Donation / oder einigen andern Titul oder Ankunfft angefallen
 und zugestanden weren」第3文¹⁶⁾は、再婚した存命の実親、あるいは、亡
 くなった実親の親族等から選任される後見人といった人々の用益管理に委ねら
 れるのである。

それでは、再婚時に卑属結合を締結した夫婦の死別時、死亡配偶者からその
 前婚の子等が相続する財産について、彼等の継父乃至継母にあたる存命配偶者
 は実親のごとく終身用益権を行使できるのであろうか。例えば、ヴュルテンベ
 ルク法のようにこれを明文で否定するものもあるが(普通ラント法第4部末尾
 「卑属結合と呼ばれる複数の子等の等置についてVon vergleichung vilerley
 Kinder / so man ein Einkindschafft zunennen pflegt」第5文)¹⁷⁾、多くの立法
 例では必ずしも明確ではなかった。子のある夫婦が死別した際の財産の帰趨に
 ついて、プファルツ法は第4部第13章「前婚乃至後婚から子等を残して死別し
 た夫婦の相続についてVon Erbschafften deren Eheleut / so mit Todt abgehen
 / und auß erster oder letzter Ehe Kinder verlassen.」にまとまった規定を置
 いている。それによれば、子のある夫婦が死別した場合、死亡配偶者の特有不
 動産は全てその子等に相続されるが、特有動産と後得財産については¹⁸⁾、夫(父)
 死亡時であれば3分の2が、妻(母)死亡時であれば3分の1が、それぞれ子

16) Landrechte, II, 40.r.-v.

17) Gemein landrecht, ccclxxxiii. IV注66参照。ヴュルテンベルク法では、再婚夫婦何
 れかの死亡による相続発生により、卑属結合もその役割を終えて終了消滅すること
 が前提とされている。

18) なお、第2部第22章第2文では、「嫁資Heyratgut」や「反対贈与Widerlag」とし
 て持参約束されたものも、「婚姻財産としてそれを提供した者の所有に属するdessen
 / der es zu Ehesteuwer gibt / eygen sey」とされ(Landrechte, II, 35.v.)、続く第
 3文では、「死亡時に如何に扱われるべきかについて夫婦財産契約が存しないkeine
 Eheberedung / wie es auff solchen Todtfall zu halten / verhanden were」限り、第
 4部所定の「無遺言相続Erbschafften ohne Testament」の準則に従うものとされて
 いる(36.r.)。

等に相続され、その残りが存命配偶者に帰属するとされる（第1文¹⁹⁾）。また、存命配偶者は、子等の「実父*rechter Vatter*」あるいは「実母*rechte Mutter*」である限り、子等の上記相続分について終身用益権も取得するが（第2文²⁰⁾）及

19) 「夫婦の一方が、当該婚姻あるいはまた前婚による子等を残した他方と死別した場合、前章〔第12章「初婚、再婚、再々婚から子を残さず、また、遺言、終意処分、互いの死亡時に関する夫婦財産契約その他の特約も交わさずに死別した夫婦の相続についてVon Erbschaften deren Eheleut / so ohne Hinterlassung einiger auß der ersten / andern oder dritten Ehe Kinder / auch ohne Testament / letzte Willen / Eheveredung / oder andere Geding von einander Todts verfahren.〕に定められた通り、全ての債務の弁済後、死亡者に由来する不動産はその残された子等にその所有物としてもたらされ、同様に、動産、そして、後得財産については動産にせよ不動産にせよ、死亡者が父ならばその3分の2が、母が亡くなったのであれば3分の1が、子等の多少にかかわらず、それぞれ所有権が相続されるが、当該動産及び後得財産の残りの分は、存命者に完全に帰属し、自らの財産と同じくその好みと意思に従って引き続き保有し管理でき、その際、家系や近親者の最年長者に由来する華美貴重な動産が存するならば、他の子等に優先して該当する子にその動産が完全に承継されるよう配慮するものとする。Wann ein Ehegemächt von dem andern verstürbe / so auß der letzten oder auch voriger Ehe Kinder verliesse / sollen alsdann / nach Abzahlung aller Schulden / wie bey nechstvorgehendem Titul angeregt / alle von dem Verstorbenen herrührende ligende Güter / desselben hinterlassenen Kindern / als jhr Eygenthumb / heimfallen / deßgleichen an der Fahrnuß und Errungenschaft / die sey beweg oder unbeweglich / berührten Kindern mehr und weiter nicht / dann so der Verstorben dero Vatter gewesen / Zwey / da aber die Mutter mit Todt abgangen / ein Drittheil deroselben / gleichfalls Eigenthumb und erblich gebüren / Der ubrig Theil aber gedachter Fahrnuß und Errungenschaft dem Letztlebenden gänzlich verbleiben / damit nach seinem Gefallen unnd Willen / gleich andern seinen eignen Gütern / ferner haben zu schalten und walten / Dabeyneben gleich wol die Bescheidenheit zu halten / da vielleicht ein ansehnliche stattliche Fahrnuß von der eltesten Kinder Lini und Freundschaft herrührendt verhanden / daß selbige Fahrnuß berührten Kindern auch vor allen andern gänzlich gefolgt werde.」(Landtrechte, IV, 11.v.)

20) 「更に、存命配偶者は、前婚や後婚の子の実父あるいは実母である場合、子にもた

び第3文²¹⁾)、子等の「継父Stieffvatter」あるいは「継母Stieffmutter」にすぎない場合は、当該用益権は付与されない(第4文²²⁾)。継父母の終身用益権の

らされる上記父もしくは母の財産あるいは相続分について管理権と用益権を生涯にわたって有するが、その代わり、子等を神への畏敬、礼儀正しさ、慎みの下に養育し、立派な技芸、名誉ある手工業や商業へと子等を導き、有益な訓練と労働によって有害な無為から子等を守り引き離すことで、子等が神そして何人に対しても将来責任を果たせるようにすべきであり、その後、子等が成人し十分な年齢に達したならば、適切な婚姻をさせ、相当の持参金や衣装を、子の保管財産ではなく自らの資産から、その身分、財産、名誉に応じて付与し用意する義務を負うものとする。Doch soll das letztlebendt Ehegemächt / da es der ersten oder andern Kindt rechter Vatter oder Mutter / bey und an derselben jetzt vermeldt angefallenen väterlichen oder mütterlichen Gütern oder Erbtheil die Administration und Leibzucht sein lebenslang haben / dagegen die Kinder in Gottsforcht / Zucht unnd Ehrbarkeit zu erziehen / sie auch zu den löblichen Künsten / ehrlichen Handtwercken und Handthierungen anzuweisen / und von schädlichem Müssiggang zu nützlichen Übungen / unnd der Arbeit dermassen zu gewöhnen und anzuhalten / damit sie es gegen Gott und jedermanniglichen künfftig verantworten mögen / und da hernacher die Kinder zu jhren Mannbaren Iaren und vollkommenem Alter kommen / denselben nach bequemen Heuraten zu trachten / und die mit ziemlichem Zugelt und Kleydungen / von jhrer selbst Nahrung / und nicht der Kinder Verfangenschaft / jhrem Stand / Vermögen und Ehren gemäß / außzugeben und zu bestatten schuldig seyn.」(Landrechte, IV, 11.v.-12.r.)

- 21) 「この場合、親は、その子等の財産を子等に有益な仕方以外では処分できず、利益の本体本質を目減りなく保持すべきであり、それ故、子等は、当該財産管理故に、その親のために自らの別の財産で黙示に責任を負うことはなく、処分された財産を自らの正当な質物として追及する権能も有するものとする。Es sollen auch in diesem Fall die Eltern von solchen jhrer Kinder Gütern nichts veräussern / sonder denselben zum besten / die in nützlichem Bauw und Wesen / one einigen Abgang / erhalten / drumb dann berürten Kinder / dieser Administration wegen / nicht allein jhrer Eltern andere eigne Güter stillschweigend verhafft / sonder auch die Kinder macht haben sollen / die veräusserte Güter / als jhr recht Underpfandt / zu verfolgen.」(Landrechte, IV, 12.r.)

否定は、フランクフルト再改定都市法でも明文化されているが（第5部第1章第11条、同第4章第6条）²³⁾、問題は、婚姻時に卑属結合を締結していた継父乃至継母については如何に解すべきかである。子等の相続財産上の終身用益権が実親にのみ認められているのは、両者の間に文字通り親子として相互に相続し合う関係が存するからであろう。そのような存命配偶者の終身用益権と親子間相続の連関に照らして注目されるのは、プファルツ法が、フライブルク法やフランクフルト再改定都市法と同様、無遺言相続を発生させる法定親子関係の根拠として、卑属結合と共に、ローマ法由来の「養子縁組*adoptio*」（「収養*Anwünschung*」）もまた明文で容認している点である。すなわち、プファルツ法では、「養子縁組の恩恵により実子の代わりに受け入れられた子等*Kinder / so adoptionis beneficio, an Kindtsstatt angenommen werden*」は受け入れた者を相続し（第4部第4章「収養された子等は相続する*Die angewünschte Kinder erben.*」第1文²⁴⁾）、「養親*angenommene Eltern*」も「養子*angenommene Kinder*」を相続する（同第8章「両親はその収養し子として受け入れた子等を相続する*Die Eltern ihre angewünschte / oder an Kindesstatt auffgenommene*

22) 「しかし、存命配偶者が継父あるいは継母である場合、その継子に相続された分の財産に占有を保持することはなく、当該財産は子等に完全に帰属しもたらされ、継父や継母は、上に定められたところの動産と後得財産を以て満足すべきものとする。So aber das letzt lebend Ehegemächt der Kindt Stieffvatter oder Mutter were / soll es keinen Beysitz an seiner Stieffkindt ererbten Anthell Güter haben / sondern dasselbe Gut den Kindern vollkommlich zu fallen und vorschlagen / und der Stieffvatter oder Mutter sich mit der Fahrnuß und Errungenem / allermassen oben gemeldet ist / benügen lassen.」（Landrechte, IV, 12.r.）

23) Erneuerte Reformation, clxxvi.v.; clxxxiv.

24) 「養子縁組の恩恵により実子の代わりに受け入れられた子等については、そのような養子縁組あるいは収養が余の臣民等の間でそれほど用いられていないので、余は普通法に委ねるものとする。Deren Kinder halben / so adoptionis beneficio, an Kindtsstatt angenommen werden / lassen wirs / dieweil solche adoptio oder Anwünschung bey unsern Underthanen nicht viel im Brauch / bey den gemeinen Rechten verbleiben.」（Landrechte, IV, 5.r.）

Kinder erben.] 第1文²⁵⁾。このような養親子間相続の規律は「普通成文法 gemeine beschriebne Rechte」に委ねられているが、養子のみならず養親側にも相続権を認める点で、他権者養子縁組adoptioの内のいわゆる不完全養子縁組adoptio minus plenaの枠を超える一方、傍系相続は想定されていないから(同第10章「収養された兄弟、及び、彼等が相互に如何に相続するのかについて Von angewünschter Bruderschaft / und wie sie einander erben.] 第1文²⁶⁾)、自権者養子縁組arrogatioが想定するような養家への完全な加入とも異なる。ローマ養子法の自由な折衷改訂はフライブルク法を想起させ(新都市法令集第3部第7章「収養された子等及びその相続について Von angewünschten kinden und derselben erbschaften」)²⁷⁾、卑属相続の発生根拠として養子縁組と卑属結合を並列させる発想はフランクフルト再改定都市法に既に見られる(第

25) 「養子あるいは収養された子等については、そのような養子縁組や収養が現在慣行化していないとしても、必要な場合に許容されるべきであるから、余は、養親と養子等の間では、相続に関して普通成文法に委ねるものとする。Von adoptivis oder angewünschten Kindern / ist gleichwol solche adoptio oder Angewünschung bey unsern Zeiten nit im Gebrauch / da sichs aber im Fall zu tragen solte / lassen wirs zwischen solchen angenommenen Eltern und Kindern / der Succession halben / bey gemeinen beschriebnen Rechten verbleiben.」(Landrechte, IV, 7.v.)

26) 「兄弟の収養はもはや多くは行われていないが故に、余は、その相続や遺産について、先に卑属結合による相続に関し当ラント法の第2部でも規定されている点で十分とする。Sintemal die anwünschung der Bruderschaft nicht viel mehr im Brauch / lassen wir es deroselben Succession unnd Erbschaft halb bey dem jenigen / was droben von Succession der Eynkindtschaften / auch in dem andern Theil dieder unserer Landts Ordnung disponiert worden / bewenden.」(Landrechte, IV, 9.r.)

27) Nüwe Statrechten, lxxviii.v.-lxxxiv.なお、フライブルク法は、前章第6章「自然相続について Von natürlichen erbschaften」末尾において、直系血族や四親等内の傍系血族がない場合に、単なる「継父Stieffvatter」が「継子Stieffkind」の遺産の「6分の1 der sechsten teil」を、逆に、単なる「継子」がその「継父」あるいは「継母Steiffmutter」の遺産の「6分の1」を、五親等以上の傍系血族と共に、それぞれ相続することを最劣位の無遺言相続として容認している(Nüwe Statrechten, lxxviii.r.)。

5部第1章第5条と第12条²⁸⁾)。「結合された子等gleichgemachte Kinder」と、卑属結合を締結した継父乃至継母とが、養親子と並んで、実親子に匹敵する相続関係に立つのであれば、卑属結合締結者は、実親と同じく、死亡配偶者からその子等が相続した財産上に終身用益権を行使し得るとの解釈も十分に成り立つ。相続の発生根拠としての養子縁組が卑属結合と並置され(第4部第4章第2文²⁹⁾及び同第8章第2文³⁰⁾)、その相続範囲の共通化が図られているだけでなく、「養子」と「結合された子」が「法にのみ基づく子等Legitimi tantum」として一括され(第4部第2章「子や孫のように死亡者の直系卑属に当たる者等の相続権及び遺産承継についてVon Erbgerichtigkeit und succession deren / so in absteigender Lini dem Verstorbenen Verwandt / als Kinder und Enckel.」第3文³¹⁾)、相続をもたらず親子関係の一類型³²⁾として明確に位置付

28) VIの317頁以下参照。

29) 「ただし、夫もしくは妻が連れもたらし、そしてまた、再婚中に生まれ、特別な約定または合意(これは卑属結合と呼ばれる)に基づき相続可能とされた子等については、余は、当ラント法の第2部の「卑属結合について」に定められた規則に委ね、ここに引用する。Soviel aber die Kinder / so von Mann oder Frawen einander zubracht / und in einer andern Ehe geboren / aber durch sonderliche Beredung oder Pact (das genennt wirdt Eynkindtschafft) zu erben gemacht werden / belangt / lassen wir es bey der Ordnung / da von beym andern Theil dieses unsers Landtrechtens / under dem Titul / Von Eynkindtschafft / gesetzt / verbleiben / darauff diß Orts gezogen.」(Landrechte, IV, 5.r.-v.)

30) 「特別な卑属結合の合意によって親となった者については、余は、当ラント法の前記第2部の「卑属結合について」に定められた規則と条文で十分とする。Soviel aber die Eltern / welche durch sondere Eynkindtschafft pacta zu Eltern gemacht / lassen wirs gleicher gestallt bey der Ordnung und Disposition / droben in dem andern Theil diß unsers Landtrechtens / under dem Titul / Von Eynkindtschafften / gesetzt / besenden.」(Landrechte, IV, 7.v.)

31) 「またある者等は収養されあるいは受け入れられた子等であり、彼等は卑属結合その他の方法で子として受け入れられ、法にのみ基づく相続人と呼ばれる。Etliche seind angewünschte oder angenommene Kinder / so durch ein Einkindtschafft oder in andere wege zu Kindern auffgenommen werden / Legitimi tantum genannt.」

けられているプファルツ法の下では、上記解釈が一層強く当てはまるはずである。

卑属結合と養子縁組の類比関係がプファルツ選帝侯領ラント法において強調されるに至った要因の一つと考えられるのは、直前に出版された二つの著作の影響である。一つは、アンドレーアス・ガイル Andreas Gail (1526-87年) の『主に帝室裁判所の裁判手続並びに事案の判断に関わる実務考察集全二巻 Practicarum observationum tam ad processum iudicarium praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium, libri duo』(1578年初版)であり、その第2巻の考察125「卑属の連結あるいは結合に関する慣習法は有効か An consuetudo de coniunctione sive unione prolium valeat」では、特に「手続 solennitates」における養子縁組との類似性が指摘されている。す

(Landrechte, IV, 3.v.)

- 32) 「適法な婚姻から生まれた子等、あるいは、夫婦の一方つまり夫の死亡後に遺された彼の妻から生まれ後生児と呼ばれる子等 die Kinder / so auß rechter Ehe geboren / oder nach Absterben deß einen Ehegemächts / als nemlich deß Vatters / von seiner verlassenen Schwangern Haußfrawen noch lebendig zur Welt kommen / genennet Posthumi」の間に見られる「様々な相違 mancherley Vnderschiedt」(第2章第1文)として、「法にのみ基づく子等」の他、「婚姻の実体と身分の下に共に居住し家計を同じくする二人の夫婦の間に生まれた自然かつ嫡出の子等 zu gleich natürliche vnd eheliche Kinder / die von zweyen Eheleuten / so in ehelichem Wesen und Standt bey einander wohnen oder Häußlich sitzen / geboren werden」(「法的かつ自然的な子等 Legitimi et naturales」第2文)、「婚姻関係にはないが共に暮らしている二人の未婚の人々から生まれた子として自然であるだけで嫡出ではない子等 allein Natürlich und nicht Ehelich / als die Kinder / so von zweyen ledigen Personen / die nicht Ehelich sitzen / unnd doch zusammen halten / kommen」(「単なる庶子 Naturales tantum」第4文)、「娼婦から生まれた子や、姦通、婚姻が禁じられている近親間での相姦によって生まれた自然でも嫡出でもない子等 weder Natürlich noch Ehelich / als die von gemeinen Weibern oder verdampfter Vermischung / als Ehebruch / oder sonsten nahen Blutsverwandten / mit denen die Ehe verboten / geboren werden」(第5文)が列挙されている (Landrechte, IV, 3.r.-v.)。

なわち、「卑属結合に関する慣習法や法令*consuetudines et statuta de unione prolium*」において、「後見人乃至保佐人*tutores vel curatores*」や「血縁者*consangnei*」による助成、そして、「当地の官吏*magistratus loci*」や「担当判事*competens iudex*」による許可が求められ、「他権者養子縁組並びに自権者養子縁組においても同じくそのように解されている*quemadmodum in simili, in adoptionibus et arrogationibus receptum est*」からには、「そのような卑属結合契約が、他権者養子縁組や自権者養子縁組に準じて、普通法上も有効であることに疑念の余地はない*dubitandum non est, huiusmodi unionis contractum, etiam de iure communi, ad exemplum adoptionis vel arrogationis subsistere*」というのである³³⁾。各地の卑属結合立法がこのように養子縁組との類似性故に有効であるとの前提で、その「手続」の不備故に卑属結合の無効が判示された事案が二件言及されている。一つは、マインツ選帝侯領の事件³⁴⁾であり、ガイルの言う「マインツの規則*ordinatio Moguntinensis*」とは、勿論、1534年公布の下級裁判所規則を指す。もう一つは「バーデン辺境伯領*marchionatus Badensis*」の事案であり、ここで念頭にあるのは、バーデン辺境伯クリストフ Christoph 1 世（在位1475-1515年）の下で1511年に公布された「遺言、相続、後見に関するバーデン辺境伯領法令規則集*Der marggraffschafft Baden statuten und Ordenungen in Testamenten Erbfellen und Vormundschaften*」所定の「手続」であろう。当法令集の第18章から第20章³⁵⁾を占める卑属結合法

33) *Practicae observationes*, II, 399, n.4-8. 引用は1578年ケルン刊のテキストによる。
なお前後の関連する諸考察も含めた試訳は「アンドレーアス・ガイルの相続合意論」参照。

34) 金印勅書（第8章及び第11章）で七人の聖俗選帝侯に認められた「特権*immunitas*」の内に不上訴特権に相当するものが含まれていたとしても、その効力は安定したものではなく（Eisenhardt, *Die kaiserlichen privilegia de non appellando* [1980], 40-45.）、マインツ選帝侯があらためて「無制限の不上訴特権*privilegium de non appellando illimitatum*」を賦与されるのは1654年である（255-257.）。

35) 試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(3)」の〈資料2〉参照（1511年バーデン刊の底本テキストには頁数記載なし。該当箇所は条文本文の第9葉裏から第11葉裏まで）。第18章「卑属結合について*Von Einkindschaften*」では、領邦君主の「是

は、ライン川上流域（バーデン辺境伯領はライン川右岸に沿ってヴェルテンベルク公領西側に隣接する）の立法としては最も早いものであり、ラインフランケンの諸立法を含めてもヴォルムス法に次ぐものである³⁶⁾。もう一つの著作は、

「認gönnung」を得た場合のみ卑属結合を例外的に許容する旨宣言され、子等の最近親者4名（死亡した親と存命で再婚を希望している親それぞれの家系から2名ずつ）の助成による裁判所への申立、陳述と審査を経て、裁判所作成の請願書を君主の「尚書局Cantzly」に送付、君主の「是認」を経て、「尚書局」での証書作成で卑属結合が発効という手続が定められている。卑属結合の効力については、続く第19章が、「是認」を得た「合意や特約pact unnd gedingen」に委ねる旨定めるだけで、「合意や特約」を欠く場合は「普通法gemeine rechte」と「当規則dise ordnung」の定める無遺言相続が妥当する。第20章では、再婚時に「既に子を有していた者die persone so vormals kinder gehabt」が亡くなれば、「継父stieffvatter」あるいは「継母stieffmutter」が存命であっても卑属結合は終了し、それら前婚の子等が未成年であれば「後見人Tutores」や「保佐人Curatores」にその「身上監護と財産管理regierung unnd verwaltung irer person und gütter」が委ねられ、「継父」あるいは「継母」が「占有bysitz」（用益権）を取得することはないとされる。この再婚夫婦死別時の継父母の用益権否定は後にヴェルテンベルク法でも踏襲されている（前注17）。なお、この1511年公布のバーデン辺境伯法令規則集の起草者をツァジウスとする観方が、18世紀後半から現れ（ヨーハン・クリスティアン・ザックスJohann Christian Sachs[1720-1789年]の『バーデンの辺境伯領並びに由緒ある辺境伯家の歴史序説Einleitung in die Geschichte der Marggravschaft und des marggrävlichen altfürstlichen Hauses Baden』第3部[1769年]の記述[113頁]が最も早い）、典拠等は示されず、ツァジウスもその息子で「帝国尚書副長官Reichsvicekanzlar」を務めたヨーハン・ウルリッヒJohann Ulrich Zasius[1521-70年]と混同されている）、19世紀後半にはほぼ常識化していたが（例えばStintzing, Ulrich Zasius [1857], 156-157., Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II [1864], 390-391., Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I [1880], 169-170, Eisenhart, Zasius, Ulrich, in: Allgemeine Deutsche Biographie 44 [1898], 710-711.）、確たる証拠もなく、20世紀初頭の批判（Carlebach, Badische Rechtsgeschichte, I [1906], 51-53, Lenel, Ist Ulrich Zasius der Verfasser der badischen Erbordnung von 1511?, in: Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins, 66 [1912], 511-513.）以降、今日では一般に否定的に解されている。

36) なお、フィッヒャルトは、ゾルムス諸伯領ラント法やフランクフルト再改定都市

ヤーコプ・リック Jakob Rick (生没年不詳) の『卑属結合に関する新しく極めて有益な論考 De unione prolium tractatus novus et apprime utilis』(1580年初版)である。同書は、リック自身が、読者宛て序文 praefatio ad lectorem で、「卑属結合だけが大量の著述家の中に今まで庇護者を得ていなかった unionem solam in tanta scriebentium, neminem patronum hactenus reperisse」と述べている通り、卑属結合学説史の起点となった³⁷⁾。リックは、卑属結合の「方式 forma」と効果としての「相続 successio」を、各地の卑属結合法も参照引用しつつ、詳細に論じた後³⁸⁾、第9章「卑属結合と養子縁組には如何なる類似点及び相違点が存するの か Unio et adoptio quae habeant similia, quaeque dissimilia」において、「我々の市民法の正式な項目の中で、擬制された子等が自然かつ真正な子と見なされる養子縁組ほど、この卑属結合に似ているものはない nulli solenni iuris nostri civilis materiae assimiliior est haec unio, quam adoptioni, in qua itidem ficti liberi pro nativis et veris habentur」と冒頭述べた上で³⁹⁾、15の相違点の倍以上の33の類似点を列挙している。

ただし、このように卑属結合が養子縁組に類比されたからといって、両者が同じ程度に通用し利用されていたというわけではない。古くフライブルク法は、「養子縁組」について「我々の都市ではこれまでそれほど用いられては来なかったが、将来の事例に備えて相応の規定を置いておく wiewol nun das in unser Statt bißär nit vil gebrucht ist / dannocht wöllen wir zu nutz den künfftigen

法の起草時に、このバーデン法を参照した形跡はなく、エルトヴィレの鑑定意見で各地の卑属結合法を列挙した際にもバーデン法は漏れている (Consilia, II, 183r.)。

37) 詳細は別稿「卑属結合と養子縁組—リック『卑属結合論』と初期学説史—」に譲る。

38) 第6章「当該卑属等置乃至結合は如何なる方式あるいは手続で締結されねばならないのか Qua forma quibusve solennibus celebrari debeat ista pariatio seu unio.」と第7章「当該合意に基づく親子間、兄弟姉妹間、並びに、その子等の相続について De secessionem liberorum et parentum, necnon fratrum et sororum, eorumdemque liberorum hinc inde ex isto pacto」。本書本文(216頁)の半分近く(75頁から167頁)を占める両章で頻繁に参照されているのは、ヴォルムス改定都市法、フライブルク都市法令集、マインツ選帝侯領裁判所規則、フランクフルト再改定都市法である。

39) De unione prolium, 174.引用は1580年ケルン刊のテキストによる。

fallen dauon etwas lütterung thun」と述べていたし⁴⁰⁾、プファルツ法でも、「そのような養子縁組あるいは収養が余の臣民等の間でそれほど用いられていないので、余は普通法に委ねるものとするdieweil solche adoptio oder Anwünschung bey unsern Underthanen nicht viel im Brauch / bey den gemeinen Rechten verbleiben」と明言されている⁴¹⁾。しかも、プファルツ法の場合、「普通法 gemeine Rechte」に委ねると言いつつも、少なくとも相続上の効果は、前述の通り、慣行として定着していた卑属結合との均衡が図られていた。更に、ガイルの考察やリックの著書では、養子縁組が純粋な理論として参照され、その「不使用desuetudo」は当然の前提であり、卑属結合自体、個々の卑属結合法の特殊性から抽象されている。彼等の意図は、あくまで卑属結合という制度一般を帝国法の次元で正当化し、学識法の論究対象として認知させることにあったのである。プファルツ法が、卑属結合のラテン語訳として、トリーア選帝侯領裁判所規則やフランクフルト再改定都市法に見られた<parificatio prolium>ではなく、ガイルやリックと同じ、<unio prolium>を用いているのも決して偶然ではなからう(第2部第25章表題)。卑属結合が固有法実務を超えて理論的考察の対象にいわば格上げされていく時期にプファルツ法は成立したのである。

IX

このプファルツ法の解釈に言及した鑑定意見が残されている。ヘルマン・ヴルテュスHermann Vultejus(1565-1634年)によって編集された『マールブルク大学法学部の諸博士及び教授による助言乃至解答集第1巻Consiliorum sive responsorum doctorum et professorum facultatis iuridicae in academia Marpurgensi, volumen primum』(1606年初版)所収のヴァレンティン・フォルスターValentin Forster(1530-1608年)による助言8がそれである。当助言

40) Nüwe Statterchten, lxxviii.v.

41) Landrechte, IV, 5.r.

集の冒頭、マインツ選帝侯ヨーハン・シュヴァイクハルト・フォン・クロンベルク Johann Schweikhard von Kronberg(在位1604-26年)宛ての献呈文に続いて掲記されている「マールブルク大学において公に法を教授した人々の名簿 *Nomina eorum, qui in academia Marpurgensi publice iura professi sunt*」によれば⁴²⁾、フォルスターは、1580年にプファルツ選帝侯領のハイデルベルク大学

- 42) 当「名簿」には1527年創立以来1606年までの法学部教授が着任順にその略歴とともに列挙されており、その17人目として、「ヴィッテンベルク出身のザクセン人で両法博士のウァレンティヌス・フォルステルスは1569年2月9日に法学部教授団に加入し、ハイスターマン氏の後を継いで筆頭教授職に就き、1580年には法学部筆頭教授としてハイデルベルクへと招聘されマールブルク及び当大学を離れるも、1584年にはハイデルベルクを退き、1595年にヘルムシュテットにあるユーリウス大学〔ブラウンシュヴァイク＝ヴォルフエンビュッテル侯ユーリウス(在位1568-87年)によって1568年創立〕へ招聘されるまで滞在していたヴォルムスを去って、その第一講座で法を教授するようになり、今なお存命である。Valentinus Forsterus Wittembergensis Saxo, iuris utriusque doctor receptus est in numerum professorum juris 9. Februarii, anno Christi 1569. succeßit domino Heistermanno in primariatu, Marpurgum et Academiam reliquit mense Augusto, anno 1580. vocatus Hedelbergam ad primariam juris Professionem: sed Heidelbergam disceßit anno 1584. concedens Wormatiam, ubi vixit, quoad vocaretur anno 1595. ad Academiam Iuliam, quae est Helmstadii, ut ibi ex prima cathedra jus doceret, qui etiamnum vivit.」、とある。また、フォルスターの死後、息子のヴァレンティン・ヴィルヘルム Valentin Wilhelm(1574-1620年: 1609年ヴィッテンベルク大学教授)とカール Karl(生没年不詳)の編集で出版された『ローマ裁判権論二卷 De iurisdictione Romana libri duo』(1610年初版)の冒頭に収められた編者による詳細な伝記(「法律家ウァレンティヌス・フォルステルスの生涯から Ex vita Valentini Forsteri Iurisconsulti」。当伝記を主たる典拠とするものとして、Stintzing, Forster Valentin, ADB7 [1878], 181-182; Geschichte I, 396-198、Gundlach, Catalogus professorum akademiae Marburgensis [1927], 80 [125.] 等参照)によるマールブルク着任後の記述は、軍歴を含む波乱万丈な前半生に比べて簡潔であり(八折版で全11頁分の第7頁)、以下に訳出しておく。「マールブルク大学において高名な法律家ヨアンネス・オルデンドルピウス氏が亡くなった時、裁判所で苦勞する身から〔マールブルク着任前はブラウンシュヴァイク＝リューネブルク公(カレンベルク＝ゲッティンゲン侯)領ミュンデンの「ラント裁判所長

praeses iudicii provincialis]], その身分に照らし最高の荣誉と言える筆頭教授へと招かれ、フォルステルスは彼の後任となった。その後、高名なアルベルトゥス・ドビニウス氏とフーゴー・ドネッルス氏が去ったハイデルベルク大学から求められ、1580年にそこに移り、多くの聴講者を得て筆頭教授として法を講じたが、これについては、熱心な聴講者の一人であった我が同僚アルベルトゥス・クラムピウス氏がかつて話してくれた。同地で宗教の改革が生じた際、ヴォルムスへ退き、その地で諸公諸伯の著名な事件に取り組み、望み通り平穩に過ごした。しかし、フォルステルスの学問上の名声と業績は世に不可欠のものであった。というのも、彼は裁判に劣らず学問に身を捧げるべく生まれついていたからである。そうして当地へと、既に述べた通り、招聘され、同様の荣誉を以て教授すべく赴き、二年前に亡くなっていた高名なヨアンネス・ボルコルドゥス氏を継いで大学の法律家等の筆頭者となり、高齢ながらも生涯教え世に助言し続けた。Cum decessisset in academia Marpurgensi praestantissimus iuris consultus Ioannes Oldendorpius, accersitum e iudicii laboribus ad docendum primo loco, quae dignitas est illius ordinis primaria, Forsterum illi subrogavit. Expetitus deinde ab Heidelbergensi academia, e qua discederent Clarissimi domini Albertus Dobinius et Hugo Donellus, illo se contulit, 1580. primario loco ius docuit, cum quanta celebritate auditorum, hic nobis olim narravit collega noster dominus Albertus Clampusius, unus de primis ipsius auditoribus. Cum in religione illic incideret novatio, concessit WORMATIAM: ubi Principum et Comitum illustres causas tractabat, optata tranquillitate perfruens. Neque vero academiae voce et opera Forsteri carere poterant. Non minus enim iuventuti, quam causis natus erat. Huc igitur accitus, ut ante indicavimus, ad docendum venit, eadem dignitate, qui succederet primo academiae inter iurisconsultos ordinario clarissimo domino Ioanni Borcholdo, qui biennio ante decesserat: et docuit vero, et in medium consulvit, quamdiu spiravit, etiam aetate imbecillior.] (引用は1610年ヘルムシュテット刊のテキストによる)。なお、フォルスターの二人目の妻で上記カールの母マルガレータMargaretha(1560-1621年)が亡くなった際の葬儀哀悼文(『マルガレータ・マッタエウスの葬儀哀悼文Programma in funere Margarethae Matthaeae』1621年)にもフォルスターの行跡について記載されている。1577年にフォルスターに嫁いだマルガレータは、マールブルクの歴史及び修辞学の教授で、両法博士号を取得して1566年以降同大学の初代法律顧問syndicus(Gundlach, Catalogus, 315 [547]/ 551. 上記哀悼文5頁目には「勅法彙纂講座教授Codicis Professor」ともあるが不明)も務めたコンラート・マテウスKonrad Matthaeus(1519-80年)の娘であり、後にやはりマール

に招聘されるまで、10年余りにわたって当時ヘッセン＝マールブルク方伯領に属していたマールブルク大学の法学部筆頭教授を務めたとされる⁴³⁾。ただし、フォルスター作成の上記助言8は、「マールブルク大学法学部所属の学部長並びに諸博士Decanus et ceteri Doctores facultatis juridica in Academia Marpurgensis」の名義で裁判所等からの諮問照会に答えるいわゆる判決団Spruchkollegiumとしての鑑定意見ではなく、訴訟当事者等から個別に依頼を受けて法律家個人名義で著されたもので、作成時期を示す日付も欠けている。後でみる通り、当助言では、1582年に公布されたプファルツ選帝侯領ラント法の卑属結合規定の解釈が論点の一つとなっており、先にふれたガイルの考察(1578年)やリックの『卑属結合論』(1580年)の引用も見られる。それ故、助言作成時期が、フォルスターのマールブルク大学在職中ではなく、ハイデルベルク移転後、ラント法が公布された1582年以降であることは確実である。また、フォルスターは、1560年にブルージュ大学のユグ・ドノーHugues Doneau(1527-91年)の下で両法博士号を取得しており、その後、サン＝バルテルミの虐殺(1572年)を契機に再燃したユグノー弾圧を避けてハイデルベルクで教えていた師ドノーがレイデン大学に移るに当たって、その後任としてハイデルベルクに招聘されたが、在職期間は三年余りと短い。これは、ラント法の立法者でもあったルター派の選帝侯ルートヴィヒ6世が、未成年の世継ぎフ

ブルクの教授となるフィリップPhillip Matthaeus(1554-1603年)と、マールブルクを経てフローニンゲン大学(1614年創立)の教授となるアントンAnton Matthaeus 1世(1564-1637年)は同母兄弟である。

- 43) 前注121でふれた伝記には、フォルスターはヨーハン・オルデンドルフJohann Oldendorp(?-1567年)の死を受けてマールブルクに招聘され筆頭正教授職に就いたとあるが、『助言集』の「名簿」では、1564年から教授団の一員となっていたアントン・ハイスターマンAnton Heistermann(1538-68年)が、まず1567年5月7日付けでオルデンドルフの筆頭教授職を継いだところ(オルデンドルフは間もなく6月3日に逝去)、ハイスターマン自身が翌年1568年9月12日に早くも亡くなったため、翌年1569年2月9日付けでフォルスターがマールブルクからハイスターマンの後任として急ぎ招聘されたことになっており、自身マールブルクの筆頭教授であった『助言集』編集者ウルテュスによる細かな日付入り「名簿」の記録が恐らく正確なものであろう。

リードリヒ4世(在位1583-1610年)を残して亡くなり、その後見人として統治を担ったルートヴィヒの弟ヨーハン・カジミールJohann Kasimir(1543-92年)が先々代選帝侯フリードリヒ3世に倣って改革派を信奉し、その再導入が図られたためである。ハイデルベルク大学でもルター派の教授等が解職されており、フォルスターもその一人であった可能性が高い。その後、フォルスターは、ヨハネス・ボルクホルテンJohannes Borcholten(1535-93年)の後任としてブラウンシュヴァイク＝ヴォルフェンビュッテル侯領のヘルムシュテット大学に招聘されるまで、およそ12年にわたってヴォルムスで助言鑑定実務に従事している。プファルツ選帝侯領ラント法公布後のハイデルベルク在職期間はかなり短く、上記のような助言の叙述形式から見ても、ヴォルムス移転後に作成されたものと思われる。その一方で、ラインフランケンの卑属結合実務の範例として参照されて然るべきフィッヒャルトの『助言集』第2巻(1590年)所収の二つの鑑定意見の引用は見られない。以上の諸点から、当助言の作成時期は、フォルスターのヴォルムス滞在中、フィッヒャルトの『助言集』がフランクフルトで刊行されるまでの1584年から1590年の間と推測される。

助言の対象となっている「事案casus」は、死別した前夫との間にもうけた4人の子等を連れた寡婦と、その再婚相手との間で、「これらの子等が不動産から取得すべき遺産先取分について合意され、同じ合意の中で同時に為された卑属結合では、これらの子等、及び当該婚姻から生まれるであろう子等が、夫婦が既に保有している財産と今後取得するであろう財産について結合されるべきものとされたconvenit de praecipuo, quod hi liberi ex bonis immobilibus habere deberent, et simul unio prolium in eadem conventionione facta est, ita nimirum, ut hi liberi, et qui ex hoc matrimonio essent nascituri, in caeteris bonis, quae conjuges illi jam haberent, et porro acquisituri essent, uniti esse deberent」が、その後、子の生まれないうま夫が亡くなったため、当該卑属結合の有効性が争われたものである⁴⁴⁾。亡き夫の傍系親族等が卑属結合の失効と無遺言相続を主張したのに対して、妻の前婚の子等は、卑属結合が

44) Consilia sive responsa, I, 22. 引用は1606年マールブルク刊のテキストによる。

依然有効であり、継父を相続できる旨訴えた。亡き夫の親族側は既に某「助言者consulens」に意見を求めており、フォルスターは、妻とその前婚の子等からの依頼を受けて、相手方の卑属結合失効論に反駁する助言を試みている。フォルスターの結論は、実親再婚後に子が生まれなくても卑属結合は有効であり、前婚の子等は亡くなった継父をその親族に先んじて相続できるというものであるが、注目すべきなのはむしろその論証手法である。フォルスターは、卑属結合が「ドイツの新奇な慣行によって導入されたnovis Germaniae moribus inducta est」ことを認めつつも、ここで敢えて、ローマ法源、そして、標準注釈以来の注釈や助言といった「法の諸論拠*juris fundamenta*」を列挙援用する学識法的な論証に徹しているのである⁴⁵⁾。

45) 当該卑属結合が締結された方式そのものについては争点にはなっておらず、フォルスターも、ガイルの考察とリックの『卑属結合論』を引き合いに、「そのような卑属結合は、当地の官吏や総督の面前で、事案の審査を経て、後見人や保佐人等の立会の下、卑属等置が求められている子等の財産や資力の調査も為された上で、締結されねばならない*ejusmodi uniones prolium debent fieri coram magistratu vel praefecto loci praecedente causae cognitione, praesentibus tutoribus et curatoribus, facta quoque discussione bonorum vel facultatem kiberorum, quorum nomine parificatio prolium petitur*」という点を確認した上で(第1番)、当該卑属結合における当該締結方式の履践を前提に議論を進めている(*Consilia sive responsa*, I, 22.)。なお、この一節は、卑属結合が「官吏の下で後見人等の立会いで為され、事案の審理を以て、当地の総督により君主の名の下に認証された*est facta coram magistratu praesentibus tutoribus, cum causae cognitione a praefecto loci nomine sui domini confirmata*」という当該事案に合わせて、ガイルの考察125第5番(「卑属結合締結前に、後見人乃至保佐人、そして、血縁者の立会の下、卑属等置が求められている者等の資力が如何ほどで、その資力の比較によって卑属等置が双方にとって有益となるか否かがまず調査され、当地の官吏や管轄の判事の下で事案が審査されるべきである *ante unionis contractum, praesentibus tutoribus, vel curatoribus, et consanguineis, inprimis excutiat, quae sint facultates eorum, quorum nomine parificatio prolium petitur, ut ex conparatione earum aestimetur, an es utrisque salubris sit futura, idque apud magistratum loci, et competentem iudicem causa cognita fiat*」*Practicae observationes*, II, 399)を適宜修正したものであろう。

その論証は二段階に分かれており、まず、「卑属結合*unio prolium*」という「法的行為*actus legitimus*」がそもそも「条件*conditio*」に馴染むものなのか否かが検討される。この段階で提示される論拠はおおよそ次の三点である。第一に、「養子縁組は期限付きや条件付きでは為し得ない*adoptio non potest fieri vel ad diem vel sub conditione*」から⁴⁶⁾、親子関係を擬制し相続権を発生させる点で「市民法*jus civile*」の「養子縁組*adoptio*」に類似する卑属結合においても同様に解されるという点(第3番)⁴⁷⁾、第二に、「処分や行為は全て目的因によって律せられ、処分者や合意者の意図や意思の解釈も目的因に従って為され引き出されるべきである*omnis dispositio imnisque actus ex causa finali regulari, et secundum eandem interpretatio mentis et voluntatis disponentium et paciscentium fieri sumique debet*」ところ⁴⁸⁾、卑属結合は、「<汝我の子等を汝

46) ここでは、期限付き養子縁組を無効とする法文(「例えば三年後に同人を我に養子に出すという条件で、息子が汝に養子に出される場合、訴権は生じるのか。ラベオーは如何なる訴権も生じないと解しており、期限付きの息子を有するというのは我々の習俗にもそぐわない。*Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim noribus nostris convenit filium temporalem habere.*」D.1.7.34.)の他、「期限や条件を許容しない法的行為*actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem*」(D.50.17.77.後注50参照)の一例として、上記法文を引用しつつ、「養子縁組*adoptio*」を挙げる標準注釈(*Digestum novum*, 1304, a.「養子縁組のように期限を許容しない行為も別である*est et aliud qui non recipit diem, ut adoptio*」引用は1557年リヨン刊のテキストによる)が引用されているが、後者は、「条件は許容するが期限は許容しない*non recipit diem, licet conditionem*」ものの例として、「相続人指定*institutio haeredis*」と共に「養子縁組」を挙げるものにすぎず、何れの典拠も、「養子縁組は条件付きでは為し得ない*adoptio non potest fieri sub conditione*」という主張の裏付けとしては不十分である。

47) *Consilia sive responsa*, I, 22-23.

48) 法的行為の解釈準則として行為者の意図を重視する「市民法」の態度について、フォルスターは、「パピニアヌスによれば、<合意では文言よりもむしろ締結当事者の意思に着目するのがよい> [D.50.16.219.なお「遺言の条件においては文言よりも意思が考慮されねばならない*in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam*

自身の子等であるかのように結合させ一括するが故に我汝と婚姻す>という無名履成契約の性質を備えているsortitur naturam contractus innominati, nubo tibi, ut liberos meos, tanquam proprios tibi unias et associates」から、前婚の子等の利益という「目的因causa finalis」に律せられた「卑属結合締結者の意図や意思mens et voluntas unientium」に照らして、再婚後の子の出生という条件とは調和し得ないという点（第4番及び第5番）⁴⁹⁾、そして、第三に、「期限

verba considerari oporteat」D.35,1,101,pr.も参照」とされる。また、ポンポニウスは、<言明されたことではなく、意図されたことに従うべきである> [D.18,16,1.] とし、皇帝等 [ディオクレティアヌス、マクシミアヌス両帝] も、<書かれたことではなく為されたことが考慮されるべきである> [C.4,22,3.] としているIn conventione, inquit Papinianus, contrahentium voluntatem magis, quam verba spectari placuit. Et Pomponius potius id, quod actum, quam quod dictum est, sequendum est, et Imperatores non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur」と要約している (Consilia sive responsa, I, 23.)。「目的因causa finalis」そのものについては、プラトンやアリストテレスの教説（フォルスターは、後者について「自然学第2巻その他 libro 2. Physic. et c.」と記すだけであるが、前者についてはPhaedo, 98-99、後者については明示されたPhysica, II, 194b-195aの他、「アリストテレスは目的因が他の諸原因の原因であると述べているAristoteles ait, causam finalem esse causam aliarum causarum」との表現からするとMetaphysica, V, 1013b.等が、それぞれ念頭にあるものと解される）に続けて、「目的因は諸原因の原因であり、法の理由に従って終局的であるべき原因が目的因と推定されるcausa finalis est fons causarum, praesumitur finalis illa, quae secundum iuris rationem debet esse finalis」(In sextum Codicis librum commentaria, 147.r., ad C.6,42,14., n.1. 引用は1599年ヴェネツィア刊のテキストによる) や「目的因は、履行の終局ではあるが、意図の第一原因である。causa finalis est primum principum intentionis, licet sit ultimum executionis」(In quantum et quintum Codicis libros commentaria, 179.r., ad C.5,12,6, n.24.) といったバルドゥスの指摘が参照されている。

- 49) Consilia sive responsa, I, 23.ここで卑属結合は、「無名踐成契約contractus inominati」の四類型（「汝与えるが故に我汝に与えるdo tibi ut des」、「汝為すが故に我与えるdo ut facias」、「汝与えるが故に我為すfacio ut des」、「汝為すが故に我為すfacio ut facias」D.19,5,5,pr.）の内、第四類型<汝為すが故に我為す>の一例と解されている。助言事案に照らして言えば、「母は、前婚によってうけた子等に対する自

や条件を許容しない法的行為は期限や条件の付加によって全て無効になる *actus legitimos, qui non recipiunt deiem vel conditionem in totum viciari per temporis vel conditionis adjectionem*」⁵⁰⁾ のだとしても(第3番)⁵¹⁾、「何人も失

然の愛情に促されて、彼等のために可能な限り多くを望み、不確実な見通しによって彼等が欺かれないことを意図した *mater naturali erga liberos suos quos ex priori matrimonio jam suscepit, caritate inducta ipsis potissimum prospexerit, nec illos sub spe incerta decipi voluerit*」のであり、逆に言えば、「母は、前婚から生まれた彼女の四名の子を自らの子として受け入れ収養しなければ、ペトルスとは婚姻しない *mater Petro non fuisset nuptura, nisi quatuor illos suos ex priori matrimonio natos liberos pro suis suscepisset et adoptasset*」という「母 *mater*」の「意図 *mens*」がそこに見出されることになる。なお、フォルスターは、「4人の子等に父の財産から某地所が遺産先取分として割り当てられており、そのような約定もまた同じく、卑属結合が子等のために無条件で締結され交わされたことを証明している *quatuor illis liberis ex conventione de bonis paternis quaedam jugera praecipua esse debuerunt, quae quidem conventio similiter ostendit unionem pure ratione liberorum unitorum factam et interpositam esse*」とも述べて、遺産先取分に関する「約定 *conventio*」から卑属結合そのものの無条件を導いている。この場合、前婚の子等の当事者性が強調され、彼等とその継父乃至継母との関係では、「＜我を収養し汝の子として結合するが故に我遺産分割を断念す＞という無名踐成契約を締結する *transire in contractum innominatum, Remitto divisionem ut me adoptei vel tibi unias*」ものと解されている。

- 50) 典拠となっている法文(D.50,17,77.)の前段には、「期限や条件を許容しない法的行為、例えば、家父権免除、受領問答契約、相続承認、奴隷選択、後見人選任は、時期や条件の付与によって全体が無効となる *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptatio, haereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem*」とあるが、16世紀後半には、フィレンツェ写本のテキストに従って「期限や条件を許容する法的行為 *actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem*」と読むジャック・キュジャス Jacques Cujas(1522-90年)の説も現れ、ゴドフロワもこれに与していたが(「クヤキウス『考察と修正』第15巻[同巻含む全17巻版は1577年初版]第16章はフィレンツェ版の読みを擁護しており、＜許容する＞という文言は、明示的に期限や条件を付されたものという趣旨に解釈され、黙示に付された場合には無効とならないとされて

効し無効となるような行為を意図したとは推定されず、それ故また、行為が失効するよりは有効となるような解釈が常に為されるべきである *nemo praesumatur voluisse facere actum elusorium ac nullum, ideoque ea semper debet interpretatio, ut actus potius valeat, quam pereat*」⁵²⁾し(第6番)⁵³⁾、仮に卑属結合に前婚の子等に関する無条件の部分と再婚後に子等に関する条件付きの部分と共に含まれると解するにせよ、「区別可能な事実、行為、所作において有益な部分が無益な部分によって無効となることはない *in causis, negotiis et gestis separabilibus utile per inutile non vitiari*」⁵⁴⁾から、前者の無条件の部

いる Cuiacius 15. Observatione, 16. Florentinam lectionem tuetur, ideoque haec verba qui recipiunt, ita interpretatur, quibus aperte adicitur dies vel condicio: alias si tacite adicitur, non vitiatur.」*Corpus iuris civilis* [1583], 1903, c.)、フォルスターは流布版以来の読みに従っている。なお、当法文は、流布版では第78法文であるが、これは、周知の通り、第19法文として別の法文(=D.45.1,78.pr.)が挿入されていたためであり、これを欠くフィレンツェ写本(印刷公刊は1553年)のテキストに照らして、ハロアンダー版(1529年)やゴドフロワ版以降は削除され、法文の順序が一つ繰り上がっている。

51) *Consilia sive responsa*, I, 22.

52) 引用されている法文はD.7,8,22,1; 29,1,3/19; 34,5,11; X.5,40,25。

53) *Consilia sive responsa*, I, 23-24.

54) フォルスターは、一部無効論の典拠として、問答契約(「いわば二つの問答契約が存していて、一方は有効、他方は無効であり、有効な方がこの無効な方によって無効とされることもない *duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem*」D.45.1,1,5.の他にD.45.1, 83,4/ 110,pr./ 128.)、遺贈(「誰か相続人ではない者の名が書き加えられた上で与えべく義務づけられた相続人は遺贈全体について義務を負う *heres, adjecto ei nomine cuiusdam, qui heres non sit, dare damnatus, totum legatum debet*」D.30,16,1.)、贈与(「法律の制限を超えて何かが贈与されても、過剰な分だけが無効であり、法律の限界内に収まる残りの分は、それ以上付け加えられず、書かれず認識されないものとして、その効力を保持するものと解される *si quid supra legitimam definitionem fuerit donatum: hoc quod superfluum est, tantummodo non valere: reliquam quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare: quasi nullo penitus alio adjecto, sed*

hoc pro non scripto, vel non itellecto esse credatur」C.8,54,34. なお、「登録insinuatio」を要さない贈与の上限額は当第34法文では「300ソリドゥス*trecenti solidi*」となっていたが、第36法文第3節で「500ソリドゥス*quingenti solidi*」まで拡張されているので、フォルスターも「ユスティニアヌスは500アウレウスを超える贈与について同様に定めている*idem sancit Justinianus de donationibus ultra quingentos aureos*」と述べている)、和解 (C.2,4,42.)、相続人指定 (D.28,5,34.) に関する諸法文を引用している(第7番及び第8番)。続く箇所では、相続人指定や補充指定について、「一部が不能である処分は、当該部分について履行される必要はないが、残りの可能な部分については履行されねばならず、有効である*dispositio quae pro parte est impossibilis, pro ea parte non debet impleri, pro parte autem possibili adimplenda est, et valet*」とした見解を紹介した後(第9番: ピエートロ・パオロ・パリーシオPietro Paolo Parisio [1471/3-1545年] の『助言集』第3巻 [1543年初版] 助言38の第36番 [1570年版では第59葉裏左欄] をほぼそのまま抜粋)、更に、「教会保有不動産が慣例的に男系三代か期限付きで永代賃借に供されてきた*res ecclesiae immobilis fuerit consueta dari in emphyteusin, utque in tertiam generationem masculinam, vel est consueta dati ad tempus*」場合に「男系女系問わず三代か永代にわたって供与される*concedatur in tertiam generationem masculinam et foemininam: vel in perpetuum*」ならば「許されている場合に限り有効となる*valere quo ad casum permissum*」、あるいは、「夫が妻を終身にわたる全財産の用益に関して相続人に指定した*maritus instituerit uxorem suam in usufructu bonorum omnium vita durante*」場合、同時に妻の先死に備えて誰かを補充指定したとしても「妻が唯一無条件の相続人となる*uxor sit haeres absolue et pure*」、といった議論にまで長々と説き及び、最後には、一部無効論から離れて、行為の一部に付された条件の不成就に関する法文(「半分について汝だけを無条件で相続人に指定し、残り半分について条件付きで汝を指定し、汝のために補充指定したところ、条件不成就ならば、当該部分について被補充指定者が相続人となる*si te solum ex parte dimidia pure, ex altera sub conditione heredem instituero, et substituero tibi: non existente conditione, substitutum ex ea parte heredem fore*」D.28,5,27,pr.)も援用している(Consilia sive responsa, I, 24-25.)。フォルスターは、この最後の法文を論拠に、「前婚による子等が無条件かつ単純に卑属結合に含められるのに対して、将来生まれる子等は条件成就の結果として含められる*liberi ex praecedenti matrimonio pure et simpliciter sunt in unione comprehensi, nascituri vero in eventum*」から、「無条件の卑属結合は条件不成就でも失効せず存続する*pura unio ob non secutum eventum minime infringetur, sed subsistet*」と論じているが、

分だけが依然有効となるという点(第7番から第9番)⁵⁵⁾、である。最初の養子縁組との類比については、リックの『卑属結合論』の前記第9章が援用されているが(第2番)⁵⁶⁾、同章に列挙される33の類似点には、フォルスターの指摘する無条件性は含まれていない。残る二つの論拠については、議論の次元が「法的行為」一般へと抽象化されており、特定の卑属結合立法はもちろん、ガイルやリックの著作への言及も一切なく、依頼された事案や合意の文言への当てはめや敷衍がみられるだけである⁵⁷⁾。

2分の1の相続分について条件付きで指定された上記法文の<汝tu>は、残り2分の1について無条件で指定された者でもあり、これを「将来生まれる子等liberi nascituri」に喩えるのはそもそも困難であろう。一部無効論からの脱線とも言えるこの箇所は、卑属結合を後生児のための補充指定に類比する第二の議論への橋渡しの役割を担っているとも言える。

55) Consilia sive responsa, I, 24-25.

56) Consilia sive responsa, I, 22.なお、リックは手続乃至要件面での類似点も挙げているから、「33の類似同等の効果が列挙検討されているeffectus similes et iidem triginta tres enumerantur et recensetur」との指摘は正確とは言えない。

57) 前注49で言及した以外の該当箇所を抜粋して訳出しておく。“そこで目的因に關して言えば、「当卑属結合は、それが4人の子等に相応しくその利益となるように為され、担当役人がそのような遺贈〔遺産先取分の約定〕と卑属結合を、現状から見て、不十分ではなく子等にとって最適であると判断したものと定め確認された」との卑属結合の文言から、必然的に、当該卑属結合は、4人の子等のために無条件で、つまり、当該婚姻から子が生まれたならばとの条件を伴わずに、締結されたことになり、仮にそのような条件が付加されたとしても、卑属結合では、第一の論拠〔類比される養子縁組は無条件の行為〕として述べた通り、退けられるべきである。それどころか、子等の均等化や卑属結合の意図は、子等の内の一人でも親の死後に存命であれば、十分に確証される。Quod igitur ad causam finalem attinet, verba unionis prolium sunt ejusmodi, daß dieselbige dahin bethedingt unnd angesehen worden / daß sie den vier Kindern zum besten / und in ihren Nutzen geschehen / unnd daß der Amtmann solch gemächt und Einkindschaft nicht vor unzimblich / sondern den Kindern zum besten / nach jetziger zeit gelegenheit erachte / ex quibus necessario inferitur, hanc unionem respectu quatuor illorum liberorum pure et non conditionaliter in eventum, si ex matrimonio hoc liberi suscipiantur, factam esse,

以上第一の議論は、再婚後の子の出生であれ何であれ、「前婚の利益のために締結される卑属結合*unio, quae facta est in favorem primi matrimonii*」には如何なる条件も付加し得ないから、「後婚から子等が生まれなかったとしても存続する*etiam alias non natis liberis ex secundo matrimonio subsistere*」とい

quae ipsa etiam conditio, ut maxime esset addita, rejicienda esset in unione, per ea, quae in priori argumento dicta sunt. At aequiparatio vel intentio uniendi prolem tandiu verificatur, quandiu unus saltem ex liberorum parentibus superet.”(Consilia sive responsa, I, 23.) ; “以上から、継父は、無益で無効な行為を為したと見なされないように、たとえ彼自身の嫡出の子が産まれなくても、結合された子等に自らを相続させようと望んだ云々と推論される。そのような意思の推定に一層の裏付けと確実性をもたらしているのは、継父が、婚姻関係の下に生きていた16年間、それらの子を自身の嫡出の子であるかのように扱い、反対の意思を表示し示唆したことも一切なかったという点である。Ex quo sequitur vitricum, ne videatur actum fecisse frustratrium et elusorium, voluisse liberos unitos, etiamsi nulli alii ex suo corpore existant, sibi succedere, et cetera. Quae voluntatis conjectura eo magis robor firmitudinemque nanciscitur, quod 16.annis, quibus in conjugio vixit, eos pro liberis, perinde ac ex suo corpore habitis, tractavit, nullamque contrariae voluntatis significationem edidit propolavitque unquam.”(24.) ; “卑属結合の書面には、「更に合意され約定されたのは、ハンス・ラインシュタインが上記の通り遺した子等と、ペーター・シュミットとエルザの夫婦が将来神の恵みと恩寵によりもうけ授かり生まれるであろう子等との間で、ペーターとエルザがそれぞれ保有し、互いに持参し、将来共に取得し手に入れるであろう全てのものについて、今後、卑属結合が生じ存続するという点である」、との定型的な文言がみられる。この一節は、構文や「卑属結合が生じ存続する云々」という文言からして、条件付ではなく無条件の卑属結合を意味し表示している。In instrumento unionis formalia verba sunt: Unnd weiter beredt unnd bethedingt / daß fürter zwischen denen Kindern / so Hans Reinstein hindergelassen / wie gemelt / und denen Kindern / so Peter Schmidt und Elsa Eheleut fürter durch Gottes seggen und gnaden ehelichen zeugen / und mit einander gewinnen unnd überkommen / soll ein Einkindschaft sein und bleiben / an allem dem / so sie Peter unnd Elß jetzend haben / zusammen bringen / mit einander erringen unnd gewinnen werden. Quae verba non conditionem, sed puram unionem per copulativa et verbum, soll ein Kindtschaft / u. significant et inferunt.”(24.)。

うものであった。これに対して、続く第二の議論は、「将来子等が生まれるとの条件の下に卑属結合が締結されあるいは締結され得るunionem sub conditione nasciturorum liberorum factam esse vel fieri posse」と仮定した上で、「後に子等が生まれなければ、既に結合され受け入れられた子等についても、卑属結合は失効し存続しないのかどうかan unio, si nulli deinde nascantur liberi, quoad liberos sibi unitos assumptos, concidat et non subsistat」が論じられている。ここでも、フォルスターは、「卑属結合乃至卑属等置は古代の法律家には知られておらず、ドイツの慣行によって初めて導入されたunio prolis vel parificatio veteribus Jureconsultis ignota fuit, et moribus Germaniae inducta est」ことを再度確認しつつ、「法との類比similia juris」に訴える学識法的な論証を更に推し進めている(第10番)⁵⁸⁾。その際参照されたのは、いわゆる「後生児posthumus」のための「相続人補充指定substitutio」をめぐる「通説communis receptaque opinio」である。卑属結合が養子縁組に類似するとしても、養子縁組それ自体は「無遺言相続の手段modus successionis ab intestato」にすぎない。しかし、「無遺言相続は多くの場合に遺言相続の論拠を許容するhaec ut plurimum praestat argumentum ad successionem ex testamento」から、卑属結合を遺言による補充指定に類比することも可能だといっているのである⁵⁹⁾。

58) Consilia sive responsa, I, 25.

59) 牽強付会とも評し得るこの議論を支えているのはエフェラルツの『法の論拠集』から援用された「常套論拠vulgaris locus」<無遺言事例から遺言事例へa causa intestati ad causam testati>であるが、エフェラルツ当人は、自権者養子が未成熟のまま亡くなった場合の法定相続人を未成熟補充指定の被補充指定者に類比する法文(D.28,6,40)等を典拠に、「法には、蓋然的推論を引き出せる論拠として、<無遺言事例から遺言事例へ>、あるいは、<法定相続から遺言相続へ>という論拠も見出されるhabemus etiam in iure locum a causa intestati ad causam testati, sue a legitima haereditate ad testamentariam: a quo sumtum argumentum est probabile」と述べるだけで(Loci argumentorum legales, 484.引用は1581年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる)、前婚の子等と再婚後に生まれるであろう子等とを一括する卑属結合を、<類似故にa simili>の論拠を介して、後生児のための補充指

議論の起点では、キケローCiceroやクインティリアヌスQuintilianusが伝えるいわゆる「クリウス裁判*judicium Curiarum*」⁶⁰⁾で被補充指定者の弁護人と

定に類比しているわけでは勿論ない。

- 60) フォルスターの念頭にあると思われる典拠は以下の通り(「これについては、キケローの『トピカ』、『弁論家について』第1巻、『ブルートゥス』、『カエキーナ弁論』、そして、クインティリアヌス『『弁論家教育について』第7巻』で度々言及されている*cujus crebra est apud Ciceronem mentio in Topicis et in libro primo de oratore et in Bruto, et pro Caecica, et apud Quintilianum*」*Consilia sive responsa*, I, 25.)。「同じ類似の論拠から範例は幾つも引き出され、例えば、クラッススは、クリウス訴訟で多くの例を用いながら、＜息子が〔遺言者の死後〕10か月以内に生まれ、成熟に達する前に亡くなったならば、次の相続人が遺産を取得する＞という条件の下に遺言で相続人を指定した者について弁じている*Ex eodem similitudinis loco etiam exempla sumuntur, ut Crassus in Curiana causa exemplis plurimis usus est, agens de eo, qui testamento sic heredem instituisset, ut, si filius natus esset in decem mensibus, isque mortuus prius, quam in suam tutelam venisset: secundus heres hereditatem obtinuisset.*」(*Opera omnia*, I, 213: *Topica*, 10, 44.引用はヤン・グルーターJan Gruter(1560-1627年)編の1618年ハンプルク刊のテキストによる)、「ところで、マーニウス・クリウスとマルクス・コポーニウスの間の周知の訴訟では、先だって百人法廷において弁論が為されたとき、一体どれほど多くの人々が詰めかけ、どれだけ大きな期待が抱かれたことだろうか。私の同輩同僚にして、誰よりも市民法の学識が豊かで、知力と思慮に秀で、弁論においてとりわけ入念で巧妙である上に、常々私も口にするように、最も雄弁な市民法の精通者であり、かつ、最も法に精通した雄弁家であるクイントゥス・スカエウオラが、遺言の文言に基づき法を固守し、生まれかつ亡くなった後生児に次ぐ相続人に指定された者は、後生児が生まれ成熟する前に亡くなったのでなければ相続人になることはない」と主張したのに対して、私は意思を擁護し、成熟に達した息子が存しなければマーニウス・クリウスが相続人となるというのが遺言を作成した者の意図であったと主張した。この訴訟では、我々はどちらも、権威、範例、遺言の方式、要するに市民法の核心に立ち入ることに僅かでも躊躇したであろうか。*Quid vero? clarissima Manii Curii causa, Marcique Coponii nuper apud centumviros, quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? cum Quintus Scaevola, aequalis, et collega meus, homo omnium et disciplina juris civilis eruditissimus, et ingenio, prudentiaque acutissimus, et oratione maxime*

limatus, atque subtilis, atque, ut ego soleo dicere, juris peritorum eloquentissimus, eloquentium juris peritissimus, ex scripto testamentorum jura defenderet, negaretque Nisi posthumus, et natus, et antequam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum posthumum, et natum, et mortuum, heres institutus: ego voluntatem defenderem; hac eum tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, Si filius non esset, qui in tutelam veniret, Manius Curius esset heres. Num destitit uterque nostrum in ea causa, in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio jure civili versari?」(Opera omnia, I, 95: De oratore, I, 39, 180.)、「それ故、前述の訴訟で、クイントゥス・スカエウォラがマーニウス・コポーニウスのために弁ずるのを耳にしたとき、民衆の一体誰が、それ以上に洗練され精確で完璧なものを期待し、可能であると考えられたであろう。その際彼が証明しようとしたのは、マーニウス・クリウスが、後生児が成熟する前に亡くなったならばとの条件で相続人に指定された以上、後生児が生まれなかったならば相続人とはなり得ないという点であった。遺言に関わる法や古来の方式について彼は何か言い忘れていたであろうか。子が生まれなかった場合にも相続人に指定されるのであれば、遺言はどのように書かれるべきであったのか、彼は述べなかっただろうか。そしてまた、書かれた事柄が無視され、思い込みで意思が探究され、純真な人々の書いたものが雄弁家の解釈によって歪められることがどれほど民衆にとって危険であるかについても。更には、それが法であることを常に擁護してきた父祖の權威、市民法の遵守についても多くを語らなかったであろうか。以上全てについて、彼が、巧妙伶俐かつ簡潔正確、その上、極めて壮麗優雅に説いた以上、民衆の一体誰が、それ以上のものを期待し、為し得ると考えたであろうか。Quare quis ex populo, cum Quintum Scaevolam pro Manio Coponio dicentem audiret in ea causa, de qua ante dixi, quidquam politius, aut elegantius, aut omnino melius aut exspectaret, aut posse fieri putaret? Cum is hoc probare vellet, Manium Curium, cum ita heres institutus esset, Si pupillus ante mortuus esset, quam in suam tutelam venisset, pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure? de antiquis formulis? quid quemadmodum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur? Quam captiosum esse populo, quod scriptum esset, negligi, et opinione quaeri voluntates, et interpretatione disertorum, scripta simplicium hominum pervertere? Quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat? Quam omnino multa de conservando iure civili? quae quidem omnia cum perite, et scienter, tum ita breviter, et presse, et

satis ornate, et pereleganter diceret, quis esset in populo, qui aut exspectaret, aut fieri posse quidquam melius putaret? ところが、クラッススは、岸辺を散歩していて權受けを見つけそれに合わせて舟を作ろうと思い立った遊惰な若者から話を始めて、スカエウォラもまた同様に、詭弁という權受けから、遺産に関わる百人法廷の判決を引き出していると反駁した。話をそう切り出した彼は、多くの同様の喩えで魅了し、その場に会した人々全ての気持ちを厳肅さから快活さへと導いた。これこそ、弁論家によってもたらされるべき前述の三つのものの一つである。続いて、遺言を作成した者は、生まれたのであろうと生まれた後に死んだのであろうと、とにかく成熟に達した子がいなければ、クリウスが相続人となると考えていたはずであり、大抵の人がそのように述べているし、それが一般に通用しており、また、常に通用してきたと、彼は主張した。この点や同種の事柄を説くことで彼は信頼を勝ち得たのであり、これが弁論家の三つの任務の二つ目にあたる。更に、彼は、衡平な善、遺言者の判断と意思を擁護した。すなわち、他の事柄においてもそう言えるが、特に遺言においては、意思が無視される限り、文言について際限のない揚げ足取りが生じる。もし今後、その見解に沿わない限り誰も敢えて遺言を為さないとすれば、スカエウォラは一体どれだけの権能を主張したことになるう、と。以上の諸点を、莊重さを伴いつつも、多くの事例を用いて含蓄豊かに、滑稽さも交えて巧みに説いて、賞賛と賛同を得たため、反論する者など誰も見当たらなかったほどである。これこそ、弁論家の任務の区分で言えば三つ目、あり方で言えば最重要のものであった。At vero, ut contra Crassus ab adolescente delicato, qui in litore ambulans scalum reperisset, ob eamque rem aedificare navem concupivisset, exorsus est: similiter Scaevolam ex uno scalmo captionis, centumvirale iudicium hereditatis effecisse: hoc in illo initio consecutus, multis ejusdem generis sententiis delectavit, animosque omnium, qui aderant, in hilaritatem a severitate traduxit; quod est unum ex tribus quae dixi ab oratore effici debere. Deinde hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam veniret, sive non natus, sive ante mortuus, Curius heres ut esset: ita scribere plerosque, et id valere, et valuisse semper. Haec et multa eius modi dicens fidem faciebat; quod est ex tribus oratoris officiis alterum. Deinde aequum bonum, testamentorum sententias, voluntatesque tutatus est: quanta esset in verbis captio, cum in ceteris rebus, tum in testamentis, si negligenter voluntates: quantam sibi potentiam Scaevola adsumeret, si nemo auderet testamentum facere postea, nisi de illius sententia. Haec cum graviter, tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam

ridicule, et facete explicans, eam admirationem, assensionemque commovit, dixisse, ut contra nemo videreur. Hoc erat oratoris officium partitione tertium, genere maximum.] (Opera omnia, I, 172-173: Brutus= De claris oratoribus, 52-53, 194-198.)、「この上なく雄弁な人ルーキウス・クラッススが、我々が法廷に出入りするようになる少し前に、百人法廷での裁判でこの見解を見事にそして輝かしく擁護し、学識豊かなクイントゥス・ムキウスが反駁したにもかかわらず、後生児が亡くなったならばという条件で相続人に指定されたマーニウス・クリウスは、子が亡くなるどころが生まれさえしなかったとしてもやはり相続人とならねばならない旨、皆に証明して見せた。そもそもどうだろう、文言によってそれが十分に定められていたのだろうか。決してそうではあるまい。では何が重要となったのか。それは意思である。黙したままの我々に意思が理解可能であったならば、誰も言葉など用いまい。それができないからこそ言葉が創出されたのであり、言葉は、意思を妨害するものではなく、表示するものである。Ornate et copiose Lucius Crassus, homo longe eloquentissimus, paullo ante quam, nos in forum venimus, iudicio centumviri hanc sententiam defendit, et facile, cum contra eum prudentissimus homo, Quintus Mucius, diceret, probavit omnibus, Manium Curium, qui heres institutus esset ita, mortuo postumo filio: cum filius non modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. quae res igitur valuit? voluntas, quae si tacitis nobis intellegi posset: verbis omnino non uteremur. quia non potest: verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem.」(Opera omnia, II, 176: Pro Caecina, 18, 53.)、「他方、意思に依拠する者が文言を事ある毎に貶めるように、文言を固守する者は意思を自らの都合に合わせようとする。また、遺言においては、意思は明白だが文言を全く欠くということさえ、ルーキウス・クラッスとスカエウォラの有名な論戦が交わされたクリウス裁判に見られる通り、生じ得る。被補充指定者は、後生児が成熟の年齢に達する前に亡くなったならば、相続人となるとされた。後生児は生まれず、近親者が遺産の取得を主張した。後生児死亡時に相続人となる者が、後生児が生まれなかった場合にも相続人となるというのが遺言者の意思であったという点を疑う者などいるだろうか。しかし、遺言者はその旨記載したわけではないのである。Sed ut qui voluntate nitetur, scriptum quotiens poterit infirmare debet: ita qui scriptum tuebitur, adiuvere se etiam voluntate tentabit. In testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit: ut in iudicio Curiano, in quo nota Lucii Crassi et Scaevolae fuit contentio. Substitutus haeres erat, si posthumus ante tutelae suae annos decessisset.

なったルーキウス・リキニウス・クラッススLucius Licinius Crassus(前140-91年)の主張が要約されている。すなわち、「ポンポニウス某⁶¹⁾が遺言を作成して後生児を相続人として記載し、当該後生児が成熟し被後見人を脱する以前に亡くなった場合に備えて、マーニウス・クリウスを補充したところ、後生児が生まれなかったcum Pomponius quidam testamentum fecisset posthumo herede scripto: et si is moreretur, priusquam in suam tutelam veniret M. Curium substituisset: nec natus posthumus ullus fuisset」との事案において、原告である遺言者親族の弁護人クイントゥス・ムーキウス・スカエウォラQuintus Mucius Scaevola(前95年クラッススと共に執政官、通称「大神祇官Pontifex Maximus」)が、当該遺言の「文言verba」を尊重し、後生児の成熟前死亡という条件の未成就を理由に無遺言相続を主張したのに対して、「クラッススは、子が生まれなければ死亡時に存命であった者が相続人となるというのが遺言者の意思である旨主張したCrassus contendebat voluntatem testatoris esse, ut is, non nato filio heres esset, qui mortuo futurus erat」というのである。続いて、この「クラッススの見解Crassi sententia」に沿ったローマ法源が二つ引用されている。一つは、ヘレンニウス・モデスティヌスHerennius Modestinusの『起草術についてDe heurematicis』に由来する法文⁶²⁾であり、そこでは、「父が、

Non est natus. Propinqui bona sibi vindicabant. Quis dubitaret, quin ea voluntas fuisset testantis, ut is non nato filio haeres esset, qui mortuo? sed hoc non scripserat.」(De institutione oratoria, 113.v.-114.r.: VII, 6, 9-10引用はピエール・ギャランPierre Galland[1510-59年]編の1549年パリ刊のテキストによる)。

- 61) 「ポンポニウスPomponius」という名は前注の何れの典拠にも見出されず、前注50でふれた諸典拠に照らし、遺言者の縁者である原告の家名「コポーニウスCoponius」の誤記乃至誤植と解される。
- 62) 「神皇マルクス並びにウェールスの勅法に基づき、父が、未成熟の息子のために、次の何れかの場合に備えて補充指定したとしても、息子が相続人とならなかった場合と、相続人にはなったが未成熟のまま亡くなった場合の双方について補充指定したものと解されるとの法が今や通用している。Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive

未成熟の息子について、息子が相続人とならなかった場合、あるいは、息子が相続人となったが未成熟のまま亡くなった場合の何れかに備えて補充指定したならば、何れの場合についても補充指定したものと解される*cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur: sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit*」旨のマルクス・アウレリウス Marcus Aurelius とルキウス・ウェルス Lucius Verus の両帝による「勅法*constitutio*」が言及されている。もう一つは、「妊娠した妻を持つ者が、遺産の一部について妻を、残りの部分について胎児をそれぞれ相続人として記載し、後生児が生まれなかった場合に備えて別の者を相続人とする旨付け加えた*quidam praegnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit, si non posthumus natus fuerit alium sibi heredem esse*」が⁶³⁾、「生まれた後生児が未成熟のまま亡くなった*posthumus natus impubes decessit*」という事案を想定したユスティニアヌスの勅法⁶³⁾である。クリウス訴訟の遺言が、

exstiterit et impubes decesserit.」(D.28,6,4,pr.)

- 63) 「身籠った妻を持つある者が、遺産の一部について妻を、他の部分について胎児を、それぞれ相続人として記載し、後生児が生まれなかった場合に備えて別の者を相続人とする旨付け加えておいたところ、生まれた後生児が未成熟のまま亡くなり、法的にどうなるのか問題となったが、極めて明敏なウルピアヌスとパピニアヌスの兩人によれば、それは意思の問題であるとされ、後生児が生まれ未成熟のまま亡くなった場合、被補充指定者ではなく母がその相続に与ることこそ遺言者の意思であったと、パピニアヌスは解している。遺言者は、妻に既にその財産の一部を遺していたのだとしても、悲しみに暮れる母に更に遺産がもたらされるよう配慮したのである。このパピニアヌスの例に倣い疑問点を検討するならば、この種の事案で、後生児が、出生後、母の存命中に未成熟のまま亡くなった場合、補充指定は排除されるべきと朕には解される。しかし、後生児が生まれず、あるいは、後生児の出産後に母が先に亡くなっていたというのであれば、補充指定を認めるものとする*Cum quidam praegnantem habens coniugem scripsit heredem ipsam quidem uxorem suam ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit, si non postumus natus fuerit, alium sibi esse heredem, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem*

後生児の未成熟時死亡に備えて作成されたのに対して、こちらの遺言は、逆に、死産に備えて書かれている。遺言の文言ではなく遺言者の「意思voluntas」を重視して妻による相続を認めたウルピアヌスUlpianusとパピニアヌスPapinianusの見解を支持した上で、ユスティニアヌスは、「後生児がそもそも生まれなかった場合、あるいは、後生児の出産後に母が亡くなった場合cum posthumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit」、補充指定を認めることがむしろ遺言者の「意思」に合致するとした。遺言者の「意思」を重視尊重する「クラッススの見解」に連なるこれら二

scribingentibus, cum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem quam substitutum. Si enim et suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit vel post ejus partum mater prior decesserit.」(C.6,25,9.)。ただし、ウルピアヌスやパピニアヌスが遺言者の「意思」を重視したのは確かだとしても、遺言者が「悲しみに暮れる母に更に遺産がもたらされるよう配慮したmulto magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit」との解釈自体は、皇帝自身の慈悲あるいは後見的配慮と捉えるのが自然であろう。なお、フォルスターは、原文自体が引用された以上二つの法文に加えて、学説彙纂第25巻第4章「妊婦の診断及び分娩の介助についてDe inspiciendo ventre, custodiendoque partu」から、ウルピアヌス『告示注解Ad edictum』第34巻出典の第1法文の第13節（「奴隷が相続人に指定され、誰も生まれなかった場合、アリストーが述べるには、当該奴隷にも、遺産全てではないとはいえ、分娩の介助を考慮して遺産の幾らかが法務官の裁定により認められべきとされ、この見解を私は正しいと解するsi servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo, quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda: quam sententiam puto veram」）と、パウルス『プラウティウス注解Ad Plautium』第14巻出典の第4法文（「胎児のために補充指定され、あるいは、相続人指定された者は、胎児の保護を望んでいるのであれば、是認されるべきであるqui ventri substitutus est, vel institutus, si ventrem servare velit, audiendus est」）も補っている。

つの法文の「権威authoritates」により、「<後生児が生まれたならば>との条件で補充指定が為されたならば、後生児が生まれなかった場合にも補充指定が及び、拡張され、適用されるという点が通説と見なされている *pro communi receptaque opinione traditur, si substitutio facta sit (si posthumus nascatur) substitutionem porrigi, extendi, prduci ad casum, quo posthumus natus non sit*」というのがフォルスターの主張である。フォルスターは、この後、当該「通説」の典拠取り得る法文注釈や解答助言の類を延々と列挙敷衍しており（第11番）、引用された著者は、グイレルムス・デ・クネオー *Guilelmus de Cuneo* (1270?-1335年) やアルベリクス・デ・ロサーテ *Albericus de Rosate* (1290?-1360年)⁶⁴⁾ から、ほぼ同時代のウィグレ・ファン・アイタ *Wigle van Aytta* (1507-77

64) 引用されているアルベリクスの学説彙纂第28巻第6章表題注釈第25番には、「ところで、黙示の通常補充指定に関しては、明示の未成熟補充指定に黙示の通常補充指定が読み込まれるのかという以前実際に出会った問題について検討しておく。問題とは次の通り。ある者に妻があり、彼は妻が妊娠していると思い込んでいた。彼は、<私の妻の腹から生まれた息子を相続人に指定し、もし息子が相続人となって未成熟の年齢の内に亡くなったならば、ティティウスを補充指定する>と述べたが、息子は生まれなかった。この場合、補充指定された者は黙示の通常補充指定に基づき相続を許されるのであろうか。申立ては否というものであった。胎児が生まれなかった以上、明示の未成熟補充指定は失効し、それ故また、そこに含まれるべき黙示の通常補充指定もまた失効する、つまり、明示の事柄が無効である以上、黙示の事柄もまた無効であるというのがその理由である。[…] 以上に対する反論の理由は以下の通り。たとえ胎児が生まれなかったとしても、遺言者は未成熟補充指定と通常補充指定の何れにも相応しい文言を用いており、それ故、立法者等も、既に相続人となった場合について補充指定した未成熟被後見人のために遺言者が配慮したとの推定が存存として、黙示の通常補充指定を想定している。そして、遺言者は息子が生まれた場合について被補充指定者の相続の許容を望んでいたのであるから、息子が生まれなかった場合には尚更それを望んでいたとの推定が、上記問題において一層強く妥当する。これは勅法彙纂第6巻「信託遺贈について」第30法文による。[…] グイレルムス [・デ・クネオー] も以上の見解を支持しており、多くの法律家の助言において実際に当見解が是認されているのを私は知っている。Sed adhuc circa vulgarem tacitam moveo tale dubium, quod vidi de facto dictum est supra in

年)⁶⁵⁾まで、15世紀の論者を中心に新旧にわたって相当な数に及ぶ⁶⁶⁾。そして

pupillari expressa subintelligi vulgarem tacitam. Ecce quod quidam habebat uxorem, quam credebatur esse praegnantem. Et ita dixit, filium mihi nasciturum ex ventre uxoris meae haeredem instituo, et si haeres erit, et in pupillari aetate decesserit, Titium substituo, filius non nascitur, nunquid substitutus admittetur ex tacita vulgari? Allegabatur quod non, quia deficit expressa pupillaris, cum partus natus non sit, ergo et tacita vulgaris in ea includenda, quia cum non valet expressum, nec tacitum. […] In oppositum est, quod quia quamvis partus non sit natus, tamen testator apposuit verba sufficientia ad pupillarem et vulgarem, latores legis ideo providerunt de vulgari tacita, quia praesumptio est, quod testator voluerit providere pupillo, cui substituit etiam in casu quo esset haeres. Multo ergo fortius in proposita quaestione, cum testator voluit substitutum admitti in casu, quo nasceretur filius, praesumptio est, quod magis voluerit eum admitti, si filius non nasceretur, ut Codice de fideicommissis lege cum accutissimi. […] etiam hanc opinionem tenuit Guillelmus et ego eam vidi servari de facto de consilio plurium peritorum.」、とある(In primam Infirmitati partem Commentarii, 125.v.引用は1585年ヴェネツィア刊のテキストによる)。なお、ここでアルベリクスが言及するグイレルムスの見解は、「黙示の通常補充指定tacita vulgaris substitutio」論の主要典拠として注釈第17番(124.v.)以下で頻繁に引用参照している勅法彙纂第6巻第26章「未成熟補充指定その他の補充指定についてDe impuberum et de aliis substitutionibus」第8法文注釈に示されたものである。フォルスターも引用する同注釈は、グイエルムスが残した勅法彙纂の断片的な講解lecturaの中で最も長大な注釈に当たる(Lange / Kriechebaum, Römische Recht im Mittelalter [2007], 580.)。

- 65) 引用されたファン・アイタの『市民法学提要十章注解Commentaria in decem titulos Institutionum iuris civilis』(1534年初版)第2巻第16章「未成熟補充指定についてDe pupillari substitutione」前書注釈第20番には、「クリウス裁判iudicium Curianum」の概要の後に、「しかし、今日の解釈者等は、神皇マルクスの勅法に促されて、ほぼ一致してクラッススの見解に与することを選んでおり、アンカラヌスの某助言をマリウス・サロモニウスが反論として援用しているが、アルキアトゥスその他の人々によって論駁済みである。ところで、私自身は、古代の人々全てにとって常に至高のものであったスカエウォラの權威に照らして、この事件にしばしば疑念を抱いてきた。つまり、彼スカエウォラは、(クラッススが冗談めかして言うように)「詭弁の權受けから」この訴訟を捏造したわけではないように私には解されるので

最後に、「明示の未成熟補充指定は通常補充指定を黙示に含み、そのような通常補充指定には、相続人として指定された者が相続人とならなかった全ての場合が含意される *pupillaris substitutio expressa continet sub se vulgarem tacitam, sub qua vulgari continentur omnes casus, per quos institutus heres non fit*」という一層抽象度の高い「準則 *regula*」を論拠として補い敷衍した上

ある。今日、この問題が一致してクラッス説に従って解決されているのは確かだとしても、この見解を忌避するようスカエウォラを動かし得たのは何か私には分かっている。キケローは『ブルートゥス』で曖昧に述べるだけだが、当時、スカエウォラの見解が正当であったことに疑念の余地はなく、要するに、誰であれ表示しただけのことを望んでいたと解されていたのであり、遙か後になって、神皇マルクスが通常補充指定について上記のような解釈を導入したにすぎない。Sed Crassi sententiam nostri interpretes communi fere calculo Divi Marci moti constitutione sequi maluerunt: tamen si Ancharani quoddam responsum Marius Salomonius in contrarium allegat, quod ab Alciato atque aliis confutatum est. Ego autem hac de re saepe duvitiavi ob Scaevolae auctoritate, quae semper apud omnes antiquos maxima fuit: neque ex uno scalmo captionis (ut Crassus iocabatur) hanc ille mihi litem constituisse videtur. Et quanquam communi hodie calculo secundum Crassum haec quaestio decisa sit, cogitabam tamen quae Scaevolam movere potuisset, ut hanc sententiam defenderet. Cicero in Bruto obscure notat: ego vero illo tempore iustam eius fuisse opinionem non dubito, videlicet cum tantum unusquisque velle crederetur, quantum expressisset: in vulgari certe eam interpretationem longe post divus Marcus introduxit.」(Commentaria, 230.引用は1564年リヨン刊のテキストによる)とある。フォルスターは、この一節をそのまま引用したかのように述べているが(「以上ウィグリウスIta Viglius」)、冒頭の一文の文言<神皇マルクスの勅法に促されて *Divi Marci moti constitutione*>との言い回しを修正し、人文主義的考察(次注参照)に属する最後の一文を除くなど、ファン・アイタ自身の中立的な論旨を弱めた上で、単純な「通説」の裏付けとして紹介している(Consilia sive responsa, I, 26.)。

- 66) 前記モデスティヌスの法文等、関連法源の注釈として、グイレルムス・アルベリクスの他、バルトルス、バルドゥス、アンゲルス・デ・ウバルディス Angelus de Ubaldis (1328-1407年)、アレクサンデル・タルタグヌス Alexander Tartagnus (1423/4-1477年)、マリアーノ・ソツィーニ Mariano Soccini 2世 (1482-1556年)、

アンドレーア・アルチャーティ Andrea Aiciati(1492-1550年)のもの、助言では、ペトルス・ピリップス・コルネウス Petrus Philippus Corneus(1385-1458年)、アントニウス・ロセッルス Antonius Rosselus(?-1466年)、マリアヌス・ソキヌス Marianus Socinus 1 世(1401-67年)、ラウレンティウス・カルカグニヌス Laurentius Calcagninus(1410-78年、ロレンツォ・カルカーニョ Lorenzo Calcagno)、バルトロマエウス・ソキヌス Bartholomaeus Socinus(1436-1507年)、エティエンヌ・ベルトラン Étienne Bertrand(1434-1516年)、フランチェスキノ・コルテ Franceschino Corte(「小クルティウス Curtius junior」1470-1533年)、フィリッポ・デーチョ Filippo Decio(1454-1535年)、マリアーノ・ソツツイーニ 2 世、アルチャーティ、アゴスティーノ・ベーロ Agostino Bero(1474-1554年)、フランチェスコ・ボルサーティ Francesco Borsati(生没年不詳)、ティベリオ・デチャーニ Tiberio Deciani(1509-82年)、エティエンヌ・ベルトラン Étienne Bertrand(1434-1516年)のものが引用され、更に、後生児未成熟死亡ではなく、「生まれるはずの子等が子等を残さずに亡くなったならばとの明示の条件の下に補充指定された者 substitutus sub conditione expressa, si filii nascituri sine filiis decesserit」についてはほぼ同旨の議論を展開する「最高に優秀で聡明な 5 人の法律家 praestantissimi et clarissimi quinque jurisconsulti」として、バルトロマエウス・サリケトゥス Bartholomaeus Salicetus(?-1412年)、ヨアンネス・デ・イモラ Joannes de Imola(?-1436年)、アレクサンデル、フランキスクス・デ・アコルティス Franciscus de Acoltis(「アレティヌス Aretinus」1418?-1485?年)、ヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno(1435-1517年)の注釈及び助言も参照されている。標準注釈以降のいわゆる後期注釈学派の主要な論者に、その直系にあたる同時代 16 世紀の専らイタリアの法学者等(ベルトランについては「フランス人ステパヌ・ベルトランディ Stephanus Bertrandi Gallus」と表示している)を「通説」の担い手として組み合わせ、列挙する論証手法は、当時の帝国内の鑑定実務としてごく一般的なものである。後に帝室裁判所陪席判事やインゴルシュタット大学教授を経て、ハブスブルク家世襲領ネーデルラントの枢密顧問官として統治外交に従事することになるファン・アイタの注釈書も、パードヴァ大学の法学提要担当教授在職時の講義に由来する(コルネリス・パウルス・ホインク・ファン・パーペンドレヒト Cornelis Paulus Hoyne van Papendrecht[1686-1752年]編『ネーデルラント史拾遺 Analecta Belgica』[1743年]第 1 巻第 1 部所収の「ウィグリウス自伝 Vita ab ipso Viglio scripta」に「パーゼルの名高き印刷業者ヒエロニムス・フロベニウスに、パードヴァで講義した『法学提要十章注解』の印刷を委ねた Hieronymo Frobenio celebri apud Basileam typographo Commentarios in decem Institutionum titulos, quos Patavii

で⁶⁷⁾、自らの主張の論証をひとまず終えている。

fuert professus, excudendos dedit」(Vita, 11)とある。同「自伝」によればパードヴァ在職は1531年11月から1533年10月まで)。ただし、この注釈書は、師の一人アルチャーティに連なる初期人文主義法学としての性格も兼ね備えており、それは、注釈書と同年に自ら編集し公にした「教師antecessor」(C.1.17.1.11.) テオフィルスTheophilusによる義解Paraphrasisのギリシア語テキスト(『教師テオフィロスによる法学提要INΣΤΙΤΟΥΑ ΘΕΟΦΙΛΟΥ ANTIKHNΣΩΡΩΣ』1534年バーゼル及びパリ初版。皇帝カール5世宛て献呈文末尾には「1533年5月31日パードヴァにて記すDatum Patavii, pridie Calendas Iunii, anno M. D. XXXIII.」とある。なお、メヘレンの大顧問会Grote Raad[ハプスブルク家世襲領ネーデルラントの最上級審]の評定官ヘラルト・ミュレルトGerard Mulert[?-1538年]宛ての注釈書献呈文は1533年10月1日付け)の援用に加え(新勅法やバシリカ法典の写本等の利用を含めてStintzing, Geschichte, I, 224-227参照)、フォルスターも引用したようなキケローの著作等への立ち入った言及にも見て取れる。

- 67) 当該「準則」による論証の補強はフォルスター独自のものでは勿論なく、既に14世紀のアルベリクスの注釈(前注54)には見られ流布していたものであり、同時期で言えば、プファルツ選帝侯領ラント法公布の翌年1583年に出版されフォルスターも手にしたであろうゴドフロワの『市民法大全』にも、前記モデスティヌスの法文で援用された2世紀後半のマルクス・アウレリウスの勅法について「明示の通常補充指定は黙示の未成熟補充指定を含み、その逆もまた同じ。バルドゥス。Vulgaris expressa continet taciam pupillarem: et e converso. Baldus.」と注記されている(Corpus juris civilis, 890, e.引用は1583年リヨン刊初版による)。なお、「バルドゥス Baldus」とあるのは、前記ユスティニアヌスの勅法(C.6.25.9.)への同人の注釈第8番に、「問う。妻の懐妊を信じた者が胎児を相続人に指定し、未成熟の年齢、あるいは、いつであれ出生後間もなく亡くなったならばとの条件で当該胎児のために補充指定したが、後生児は生まれなかったならば、被補充指定者は相続を許されるのだろうか。この点、学説彙纂第29巻第7章「小書付の法について」第14法文に照らせば、相続人指定と未成熟補充指定は記載されなかったも同然であるから、否と解されている。それ故、黙示の補充指定も生じ得ない。というのも、<明示のものが有効でなければ黙示のものも有効ではない>という法諺に基づく諸博士の区別に従えば、明示のものが最初から無効であったことになるからである。しかし、反対に解すべきである。なぜなら、明示された場面と同じ無効理由は存しないからである【学説彙纂25巻4章第4法文[前注63参照]、同30巻「遺贈及び信託遺贈について」第126法文[第1節]】。

同時代の鑑定意見乃至助言の一般的な叙述形式で言えば、以上の論証は、冒頭の「事実の概要species facti」乃至「事案casus」に続く本論部分の内、「判断理由rationes decidendi」に相当する。これに続くのは、一種の想定問答を通じた議論の更なる敷衍であり、通常、「疑問点rationes dubitandi」と称される。本助言でも、「某助言者氏によって実際には主張されていないとはいえ、提起され得る異論が、既に述べた点を揺るがすことも覆すこともないneque mutant, aut evertunt superiora, quae obijci possunt, licet a domino consultore adducta non sint」との書き出しで、幾つかの「疑問点」について論駁が展開されている(第13番以下)⁶⁸⁾。但し、卑属結合という固用法上の慣行を「法的行

Quaero quidam credens uxorem fore praegnatam ventrem instituit haeredem, et eidem substituit, si moreretur in pupillari aetate, vel postea quandocunque modo quaeritur, posthumus non nascitur, nunquid substitutus admittatur. Et videtur quod non, quia institutio et substitutio pupillaris est pro non scripta, ut ff. de iure codicillorum, lege Quidam referunt. Ergo non potest habere locum substitutio tacita, cum expressum ab initio vitietur, iuxta distinctionem Doctorum super illo brocardo, si non valet expressum, nec tacitum. Sed dic contrarium, quia non est eadem ratio vitiandi, ut est casus expressus, ff. De ventre inspiciendo, lege Qui ventri et ff. De legatis prim, lege Ab exhaeredati in fine.」(In sextum Codicis librum commentaria, 80.v.)とあるのを受けたものと解され、フォルスターもこのバルドゥスの注釈を典拠の一つとして引用している(Consilia sive responsa, I, 25.)。

- 68) Consilia sive responsa, I, 27-30.再婚後の子の出生は卑属結合存続の「黙示の条件conditio tacita」なのか、卑属結合締結時に「誰も生まれなかった場合が見逃されたcasus hic, si nulli nascerentur, fuit omissus」のか、「生まれなければsi non nascatur」との反対の条件が成就すれば反対解釈によって(「反対故にsub contraria」)失効するのか、といった「疑問点」が何れも否定され、前婚の子等との関係での卑属結合の有効性が肯定されている。助言事案そのものとの関連では、再婚時の「妻の年齢aetas uxoris」や存命中の前婚の子等に対する扱いに照らして再婚後の子の出生を必ずしも望んではいなかったものと推定される「継父vitricus」の「意思voluntas」(Consilia sive responsa, I, 28.)、そして、「条件conditio」に相当する表現を欠いた本事案書面上の「文言verba」(Consilia sive responsa, I, 30.)について、僅かに言及されているにすぎない。

為」という抽象的次元に移して、学識法の枠内で論じる手法は全く変わらない。専ら「通説」による権威付けを意図して例によって大量に引用列举される諸典拠と冗長な論証にはこれ以上立ち入らず、卑属結合の失効と無遺言相続を主張する原告に対して直接反論を試みた助言末尾部分に目を向けることにする。「異論への応答 *resposiones ad contraria*」に相当するこの箇所は、助言冒頭に要約された原告側「某助言者氏 *dominus consulens*」の実際の主張への論駁となっている⁶⁹⁾。フォルスターによれば、「如何なる卑属結合においても、それが存続するためには、二つの外的状況乃至要件、正確には起点及び終点として、まず、卑属結合を締結する夫婦双方あるいは一方に既に生まれた子等が存すること、次に、夫婦が当該婚姻中に子等をもうけ、それらの子が親より先に亡くならないことが必須である *in qualibet unione prolium, ut subsistat, duo externa sive termini desiderentur, nimirum terminus a quo, et terminus ad quem, hoc est, ut primum ut ex utroque vel ab alterutro conjugium ineuntium liberi jam ante nati supersint, et deinde, ut conjuges illi in eo conjugio liberos procreent, atque hi ante parentes suos non moriantur*」ところ、再婚後に子が生まれなかった当該事案では、「卑属結合は失効し如何なる効力も有していない *unionem prolium defecisse, nec ullius esse effectus*」というのが原告側「某助言者氏」の論旨であったとされる⁷⁰⁾。その際、「某助言者氏」が、自らの主張を裏付ける「権威 *auctoritates*」として、リックの『卑属結合論』と共に援用したのは、当時制定間も無い「プファルツ選帝侯領のラント法 *Electoralis Palatinatus jus provinciale*」であった。これに対して、フォルスターは、これら二つの典拠が実際には卑属結合失効の裏付け足り得ない旨反論している。

まず、リックの『卑属結合論』に関してフォルスターが着目するのは、同書第7章の中で、「他の子等が全て亡くなって一方の婚姻の子が唯一人存命の場合、どのように解されるべきなのか *quid sit statuendum si unus saltem ex*

69) 助言冒頭とこの末尾部分の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(3)」の<資料1>参照。学識法の引用敷衍に終始する部分を除いたその分量は、フォリオ判各ページ左右別欄組みで約10頁にわたる当助言の内、2頁分にも満たない。

70) *Consilia sive responsa*, I, 22.

altero matrimonio supersit, omnibus alterius lateris liberis vita functis」論じられている箇所⁷¹⁾である。この箇所で、リックは、結合された子等が一人のみ

- 71) 「〈71. 別の婚姻の子で唯一存命の者は、継親を、その子等が亡くなっているにもかかわらずお相続するのか。Unus ex altero latere superstes, utrum etiam receptitio parenti, cuius liberi obierunt, succedat.〉恐らく次のような疑念が生じて然るべきであろう。すなわち、一方の婚姻の子等が全て亡くなり、もう一方の婚姻による子が唯一存命の場合にはどのように判断されるべきなのか、果たして、その者は相続の利益に関して実親と継親の双方の正当な子と見なされるべきなのか。Probabiliter dubitari poterat quid sit statuendum si unus saltem ex altero matrimonio supersit, omnibus alterius lateris liberis vita functis, an hic quoad commodum succedendi utrique, tam vero, quam receptitio parenti pro iusto habeatur filio.〈72. 結合は複数の事物もしくは人についてのみ存する。Unio non est nisi plurium rerum vel personarum.〉確かに、最初私がこの問題を検討した際、当該合意は継親との関係で失効することに疑いの余地はないように思われた。というのも、そのような結合や繋がり、卑属等置という効力が親の死亡前に失われている以上（そもそも結合というのは互いに結びつく複数の事物や人へのみ生じる）、卑属結合という処分も失効し、卑属結合という関係が必要とされたものが消滅したからには、その結果として予定されていたもの、つまり、卑属等置の合意も、卑属等置がまさに生ずべきその時にそれが存しない限り、消滅すると解されたからである。Sane cum primum hanc quaestionem apud me discuterem, non putavi dubitandum, quin pactum hoc quoad receptitium parentem cessaret, quia dum coniunctio illa et copula seu effectus parificandi ante mortem parentum deficit, (unio enim non est nisi plurium rerum vel personarum quae inter se uniantur) videbatur etiam dispositio unionis concidere, sicque eo ad quod unionis fieri debebat relatio, extincto, etiam illud quod in eius consequentiam fuerat provisum extinguere, hoc est pactum paritatis, dum non est quo paritatio nunc fiat.〈73. 存命者がただ一人でも継親を相続する。Unum solum superstitem receptitio parenti etiam succedere.〉しかしながら、その後、相談したほとんど全ての人の意にたとえ沿わないとしても、反対説に与すべきものと確信するに至った。そのように促されたのは、At postea contrariam sententiam, quamvis invitis pene omnibus, quibuscum contulimus, tenere non addubitavimus, ratione illa moti,〈74. 卑属結合は子等のみならず親のためにも為される。Unio non solum fit respectu liberorum, sed etiam parentum.〉この卑属結合が、双方の婚姻の子等同士のためだけではなく、子

等の内の一人だけが両親の死後も存命であるか、あるいは、親の一方や双方が子等の全て乃至一人の死後も存命である限り、そのような相互性あるいは結合への配慮が確認され得るとの両親の見通しの下に為されているという理由からである。この判断の起点は、先にいわば最上位のものとして提示した準則に求め得るし、次のように定められたフライブルクの法令【第3巻第4章の「そしてまた云々」の条文】がこの判断を難なく証明しており、そこには、「彼等の父母に他に嫡出の実子がなくても、卑属等置された子等だけが誰よりも先に相続する資格を有し、他の親族は直系尊属にせよ傍系にせよ全て彼等によって排され退けられるものとする」、とある。異腹あるいは前婚からの子等だけが存命であるにもかかわらず、当該合意がその効力を発揮するものとされたことがここから分かるであろう。quia unio haec non solum est facta respectu liberorum utriusque matrimonii inter se, sed etiam contemplatione parentum, ita ut reciprocatio illa seu respectus uniendi tamdiu verificari possit, quamdiu vel unus liberorum parentibus, vel alter aut uterque parens omnibus vel uni liberorum supererit, cuius decisionis origo, ex illa regula quam supra tanquam summam constituimus, petenda est, quam sine scrupulo probat statutum Friburgense, quod in hanc sententiam titulo 4. 3. tractatione sectione So wan es auch / conceptum est. und ob jr vatter / ait, und mutter sunst kein naturlich ehelich kindt hetten / so seindt dieselben gleich gemachten kindt vor menniglichen allein erbfaechtigh / und werden all ander sipverwandten / sey seyen in der auffstigenden oder neben linien durch sey außgeschlossen und abgetriben. Vides ibi unius saltem lateris seu matrimonii proles superfuisse, nihilominus tamen pactum hoc vires suas exeruisse.〈75. 亡くなった結合済み兄弟の存命の孫等は父を代襲する。Nepotes ex defunctis fratribus unitis superstites subintran locum patris.〉以上のように、一方の婚姻の子一人では当該合意の適用を受けられないとする理由は全くないが、この場合、その者は、結合された他の兄弟について孫等が存命であれば、彼等の親が存命であれば得たであろう分を取得するとの前提で相続が許されることに注意すべきである。Quare nihil causae est cur unus alterius lateris hoc pacto non gaudeat, ubi tamen notandum, unum hic ita admitti, ut si ex defunctis aliis fratribus unitis nepotes superstites sint, partem quam ipsorum parens, si viveret habiturus erat, capiant.〈76. 法令は、親の死後に存命者が唯一人の場合に卑属結合は発効しない旨定めることができる。Statuta spossunt statuere, ut non saltem post mortem parentum superstite unio non habeat locum.〉ただし、各地の法令は、何れの立場であれ極めて強い効力を有するから、別様に定めることも可能

存命である場合でも、その者が卑属結合に基づき「継親receptitius parens」を相続し得る旨論じており、それは、「卑属結合が、双方の婚姻の子等同士のためだけではなく、子等の内の一人だけが両親の死後も存命であるか、あるいは、親の一方や双方が子等の全て乃至一人の死後も存命である限り、そのような相互性あるいは結合への配慮が確証され得るとの両親の見通しの下に為されているunio non solum est facta respectu liberorum utriusque matrimonii inter se, sed etiam contemplatione parentum, ita ut reciprocatio illa seu respectus uniendi tamdiu verificari possit, quamdiu vel unus liberorum parentibus, vel alter aut uterque parens omnibus vel uni liberorum supererit,」からとされる。この「理由ratio」にも示唆されるとおり、ここでは、共に前婚による子等を有する再婚夫婦がそれらの子等について締結する卑属結合が主に想定されているようであり、夫婦の一方のみ前婚による子を有し、再婚後に両者に子が生まれる場合も同様に解し得るとしても、前婚の子等が「唯一人unus」ではなく4名も存命で、再婚後にそもそも子に恵まれることのなかったフォルスターの助言事案に、このリック説がそのまま当てはまるのかか疑念は残る。その一方で、リックが上記推論の「起点origo」と位置付けた「準則regula」(「異なる婚姻の子等の出生によって一旦確証された卑属結合は直系の卑属や尊属の一部あるいは全ての死を経てもなお効力を持続するunio semel per diversorum filiorum natiuitatem confirmata, postea per mortem quorundam vel omnium, in descendentem vel ascendentem parentum lineam adhuc vires porrigit」第

であり、我々が上に述べた点が遵守されるべきなのは同じように定められている場合のみと解される。例えば、フランクフルトの法令は、両親の死後に結合された子等が存命でなければならない旨明確に定めているから、一方の婚姻の子等のみ存命である場合には卑属結合は失効すると解さねばならない【第3部最終〔第10〕章第18条】。Poterunt tamen locorum statuta, quorum permagna vis hac in re in utramque partem est, aliter providere, saltem ubi non aliter scriptum est, quod modo diximus observandum censemus. Sic quia Francofurtense statutum expresse statuit post mortem parentum utrinque unitos filios superesse debere, censemus unius saltem lateris liberis superstitibus unionem expirare, titulo ultimo 3.parte sectione Were es aber. 18.」(Tractatus, 144-146.)

7章第40番⁷²⁾自体は、確かに、フォルスターの助言事案にも妥当し得る抽象度を備えている。更に注目されるのは、リックが、卑属結合存続説の裏付けとしてフライブルク都市法令集の一節を引用している点である。引用されたのは、第3部第4章の第5文「卑属等置された子が父母死亡時の遺産分割において常に優先して取得すべきものは何かWas die verglichten kind in der teilung so ir Vatter und Mutter absterben / zu yedersidten voruß nemmen sollen」の末尾に、「彼等の父母に他に嫡出の実子がなくても、卑属等置された子等だけが誰よりも先に相続する資格を有し、他の親族は直系尊属にせよ傍系にせよ全て彼等によって排され退けられるものとするob ir vatter und mutter sunst dhein naturlich eelich kind hetten / so sind die selben glichgemachten kind vor mengklichem allein erbfächig / und werden all ander sippverwandten / sy syent in der uffstigenden / oder nebent linien / durch sy ußgeschlossen und abgetriben」とある箇所⁷³⁾である。リックが引用するこの「フライブルクの法令statutum Friburgense」に照らせば、フォルスターの助言事案でも、再婚後に「嫡出の実子naturlich eelich kind」が生まれず、継父死亡時に「卑属等置された子等die selben glichgemachten kind」のみが残されたと言え、子等は継父の「他の親族全てall ander sippverwandten」に優先して相続し得ることになろう。「この一節から真昼の光の下にあるかのように明らかなのは、卑属結合に関する公の著述で初めて問題を論じたりキウスが、優秀この上ない助言者某氏とは見解を異にしているex verbis luce meridiana clarius apparet Rickium, qui primus publico scripto de unione prolium materiam proposuit, excellentissimo domino consultori adversati」⁷⁴⁾とフォルスターが皮肉を交えて勝ち誇るのも故無しとは言えない。

しかし、フォルスターによる以上の論駁は本人の言うほど説得力のあるものではない⁷⁵⁾。というのも、リックは「フライブルクの法令」に言及した箇所の

72) Tractatus, 133.

73) Nüwe Statrechten, lxiii.v. 第3部第4章全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」獨協法学110号の<付録2>参照。

74) Consilia sive responsa, I, 31.

すぐ後で、「各地の法令は、何れの立場であれ極めて強い効力を有するから、別様に定めることも可能であり、我々が上に述べた点が遵守されるべきなのは同じように定められている場合のみと解される *poterunt locorum statuta, quorum permagna vis hac in re in utramque partem est, aliter providere, saltem ubi non aliter scriptum est, quod modo diximus observandum censemus*」との留保を加え、「一方の婚姻の子等のみ存命である場合には卑属結合は失効する *unius saltem lateris liberis superstitibus unionem expirare*」旨定めたものとして、「フランクフルトの法令 *Francofurtense statutum*」の「第3部最終章第18条 *titulus ultimus, tertia pars, sectio decima octava*」を引用しているからである(第7章第76番)⁷⁶⁾。ここに言う「フランクフルトの法令」とは、勿論、フランクフルト再改定都市法を指し、該当条文には、「夫婦の一方が他方に子等を連れもたらし、それらの子と、夫婦が将来もうけることを望んでいる子等との間に卑属結合が締結されたが、その後、当該再婚から子は生まれなかった場合、あるいは、生まれたとしても両親よりも先に亡くなった場合には、卑属結合は失効消滅し、相続については普通法によるべきものとする。
Were es / daß nur der Ehegemecht eines / dem andern Kindere in die Ehe zubrechte / und zwischen denselben / und denen Kindern / so sie zwey

75) フォルスター自身、論証不足を意識していたのか、ここで今一度「法との類似」に頼って、「無遺言相続 *successio ab intestato*」時の相続分の「添加権 *jus accrescendi*」を(「幾人かの法定相続人の内、ある者等が相続を承認せず、あるいは、死亡その他の理由で妨げられて相続を承認しなかった場合、彼等の相続分は、相続を承認した他の者等に添加し、添加する前に彼等が亡くなくても、当該権利は彼等の相続人等に帰属する *si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem; vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant: reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio: et licet decesserint antequam adcreceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet*」D.38,16.9.)、再婚夫婦の合意によって結合された「既に生まれた子等 *liberi jam nati*」と「将来生まれるであろう子等 *liberi nascituri*」の間に類推し、「既に生まれた子等」が、再婚後実際に生まれることのなかった子等の相続分を含めて相続し得るとの結論を引き出している(第21番)。

76) *Tractatus*, 146.

Ehegemecht mit eyinander künfftiglich zu bekommen verhoffend weren / die Einkindschafft auffgericht were worden / volgends aber auß derselben jhrer zweyter Ehe / keine Kindere ervolgten / Oder da gleych etlich darauß geboren / doch vor beyder jrer Eltern tödtlichen abgang / verstorben weren / So sol alsdann die Einkindschafft gefallen und verloschen seyn / und es der Erbschaffthalben / vermög gemeynen Rechten / gehalten werden」⁷⁷⁾とある。本条は、既に検討したように⁷⁸⁾、フィッヒャルトが、ゾルムス諸伯領ラント法第2部第20章第16文で示した卑属結合の失効要件を精緻化した規定の一つであり、射程のはっきりしないリック説や上記フライブルク法と比べて、フォルスターの助言事案との相性もよい。仮に本条を当てはめるならば、一方連れ子の類型で「当該再婚から子が生まれなかったauß derselben jhrer zweyter Ehe / keine Kindere ervolgten」場合に相当するこの事案では、「卑属結合は失効消滅すべきsol die Einkindschafft gefallen und verloschen seyn」ことになる。フォルスターによる原文引用は、「フライブルクの法令」に言及された箇所(第74番)で途切れているが、議論の文脈からすれば、フォルスターが無視したこの箇所こそ、原告側の「某助言者氏」の論拠となっていた可能性が高い。リック自身、卑属結合失効説に与していたが、「その後、相談したほとんど全ての人々の意にたとえ沿わないとしても、反対説に与すべきものと確信するに至った *postea contrariam sententiam, quamvis invitis pene omnibus, quibuscum contulimus, tenere non addubitavimus*」としており、当時の通説に反していることを意識しつつ敢えて異説を唱えたものと解される。リックの著書を「権威」として持ち出したとされる原告側「某助言者氏」も、少なくともこの論点に関しては、リックその人の異説ではなく、フランクフルト再改定都市法に象徴される同時代の卑属結合立法の潮流とこれを支持する通説に裏付けを求めたものと解される。

原告側「某助言者氏」がもう一つのその主張の強力な論拠として援用したの

77) Erneuerte Reformation, cl.v.

78) 「卑属結合と学識法(3)」(獨協法学第112号)VIIの336頁以下参照。

が、「プファルツ選帝侯領ラント法Electoralis Palatinatus jus provinciale」の第2巻第25章第8条末尾の一節であった⁷⁹⁾。同条は、先にVIIIで指摘したように、ゾルムス法の上記第16文をほぼ踏襲したもので、同じくゾルムス法の延長線上にあるフランクフルト法とも調和する。「某助言者氏」が「自らの解決案の裏付けとしてad confirmationem suae decisionis」引用したプファルツ法の一節には、前述の通り、「夫婦の何れかが再婚に際して嫡出の子等を連れておらず、あるいは、夫婦が再婚中に子をもうけず、あるいは、連れもたらされた子等か、再婚において生まれた子等が全て亡くなっている場合には、卑属結合もまた途絶し失効すべきであるdann so der ein oder ander Theil keine eheliche Kinder in die zweyete Ehe zu brächte / oder aber beyde Eheleut in der andern Ehe keine Kinder erzeugten / oder auch endtwerder die zugebrachten / oder in der andern Ehe erzielte Kinder gar verstürben / soll damit die Eynkindtschafft auch gebrochen und gefallen seyn」とある。「某助言者氏」がこのプファルツ法に依拠したのは、それは当時最新の卑属結合法であっただけでなく、他の立法例以上に密接な関連を事案との間に見出し得たからであろう。本事案の卑属結合は、プファルツ選帝侯領ではなく「ライニンゲン伯領Comitatus Leiningensis」において締結され、当局による認可を得た契約書面記載の締結日も1566(1567)年1月5日とされ、締結の場所や日付から見れば、プファルツ選帝侯領ラント法の直接的な適用は問題とならない。しかしその一方で、このライニンゲン伯領⁸⁰⁾は、プファルツ選帝侯領に囲まれ、ヴォルムス、

79) Consilia sive responsa, I, 22/ 31.

80) ライニンゲン＝ヴェスターブルクLeiningen-Westerburg伯は、本稿でもふれたナッサウ、ゾルムス、ハーナウといった近隣の諸帝国伯と共にヴェッテラウ諸伯同盟Wetterauer Grafenvereinを構成していた。この時期、ライニンゲン＝ヴェスターブルク伯クノ2世(在位1522-47年)の死後の領邦分割により、ライニンゲン＝ライニンゲンLeiningen-Leiningen伯フィリップ1世(在位1547-97年)がライン川左岸地域の旧来のライニンゲン伯領を承継しており、本助言の「ライニンゲン伯領」はこちらを指す。ライン川流域ナッサウ＝ヴァイルブルク伯領に隣接する所領については、ライニンゲン＝ヴェスターブルク伯ラインハルト2世(在位1547-84年)とライニンゲン＝シャウムブルクLeiningen-Schaumburg伯ゲオルク1世(在位1547-1586年)

シュパイヤーの両司教領にも一部接しており、卑属結合の慣行が広く流布していたラインフランケン地方の中核に位置する。プファルツ選帝侯領ラント法が他の諸領邦に遅れてようやく明文化した卑属結合の慣行は、地理的關係上、ライニンゲン伯領でも元来通用していた可能性が高い。ゾルムス諸伯領ラント法が近隣のハーナウ諸伯領でも事実上通用したのは元々共通の実務慣行に服していたからであったが⁸¹⁾、これと同様の実務慣行の共通性が、プファルツ選帝侯領とライニンゲン伯領との間にも想定できる。近隣の実務慣行に通じた「某助言者氏」は、恐らくそのような見立ての下に、上記条文を旧来の実務慣行の明文化と見なし、「夫婦が再婚中に子をもうけなかったbeyde Eheleut in der andern Ehe keine Kinder erzeugten」当該事案について「卑属結合は途絶し失効すべきであるsoll die Eynkindtschafft gebrochen und gefallen seyn」との結論を引き出したものと解される。

これに対するフォルスターの反論は極めて形式的なものである。まず、「諸公、諸侯、諸伯は、それぞれの公領、侯領、伯領において、皇帝が帝国において為すのと同様に立法し裁判できるDuces et Principes, ac Comites possunt in suis Ducatibus, Principatibus, et Comitatus et territoriis statuere et decernere, sicut Imperator in Imperio」が、「君主の勅令、法令、慣習法はそれぞれの領域の外では如何なる効力も保持せず、別の領域に効力を及ぼすこともないconstitutiones Principum, statuta et consuetudines, extra territorium non habere vires, nec effectum suum in aliorum territorium extendere」という一般的命題が提示され、前段についてはロンバルディアの帝国諸侯領の権能に関する諸助言⁸²⁾が、後段については「裁判権*jurisdictio*」の限界に関する周知のロー

がそれぞれ承継した。

81) 「卑属結合と学識法(2)」Vの221頁参照。

82) 「サヴォイア公Dux Sabaudiae」、「モンフェッラート侯Marchio Montisferati」、「マントヴァ侯Marchio Mantuae」、「ミラーノ公Dux Mediolanensis」の「権能*potestas*」に関して、アレクサンデル、ヤーソン、コルテ、ジョヴァンニ・フランチェスコ・リーバGiovanni Francesco Ripa(1480?-1535年)、アルベルト・ブルーニAlberto Bruni(1467-1541年)、パリーシオ、デチャーニ、ロランド・デッラ・ヴァッ

マ法文⁸³⁾が、それぞれ論拠として挙示される。続いて、「プファルツ選帝侯領に服属しているわけではなく、自立した帝国伯領であるライニンゲン伯領において、当該卑属結合は締結されたhaec unio prolis facta est in Comitatu Leiningensi, qui Palatinatui subditus non est, sed proprius, et Imperii Comitatus est」という事実が確認され、これに上記命題が当てはめられる。すなわち、プファルツ選帝侯領ラント法が同選帝侯領を超えてライニンゲン伯領に「効力を及ぼすことはないnon effectum suum extendere」から、「上記条文から結論を導くのは不当であり、当条文に基づき事案を解決することもできないa constitutione praefata male inferri, causamque ex illa decidi non posse」というのである(第22番)⁸⁴⁾。卑属結合を帝国普通法たる「市民法」上の養子縁組に類比し、後生児のための未成熟補充指定に黙示の通常補充指定を読み込む「通説」によって、再婚後の子を欠く卑属結合の効力存続を延々と論証してきたフォルスターが、今さらライニンゲン伯領に通用する「慣習法consuetudines」に目を向けるはずもなかった。単純な三段論法でプファルツ法の援用を退けるその冷ややかな態度からして、フォルスターが当助言の依頼を受けたのは、ハイデルベルク大学失職後、ライニンゲン伯領にほど近いライン川左岸の帝国自由都市ヴォルムスに滞在していた時期と解される。しかし、卑属結合をめぐる議論状況は、そのようなフォルスターの個人的事情とは別に、ガイルの考察やリックの『卑属結合論』の登場によって確実に変わりつつあった。立法と助言実務の積み重ね⁸⁵⁾によって学識化を遂げ、帝国法上の一制度と

レRollando della Valle(1500-1599年)の助言が引用されている。

83) 「領域外では判決を下す権利に服さずとも咎めはない。自らの裁判権を超えて判決を下そうとする場合もまた同じ。Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.」(D.2.1.20.)。他に、ヤーソンの同法文注釈に加えて、「バルトルス他の新旧解釈者による学説彙纂第1巻第1章第9法文と勅法彙纂第1巻第1章第1法文への諸注釈Bartolus et reliqui tam antiqui, quam recentes in legem Omnes populi, ff. De iusititia et iure et in legem primam C. De summa trinitate et fide Catholica」の参照も指示されている。

84) Consilia sive responsa, I, 31.

85) 本稿で扱った三つの鑑定意見(助言)を、卑属結合の学識化という観点から図式

して認知された卑属結合は、今や学理的考察の対象として固有の学説史を形成し得る境位に達したのである。

(完)

的に並べるならば、それぞれを、学識法との連結（フィッヒャルトのイトシュタイン助言は成文慣習法を内在的に解釈）、調和（同エルトヴィレ助言では固有法を前提としつつ帝国普通法の遺言自由原則による制約を重視）、融合（フォルスターのライニンゲン伯領助言は帝国普通法の枠内で卑属結合を有効化）と見なすことができよう。